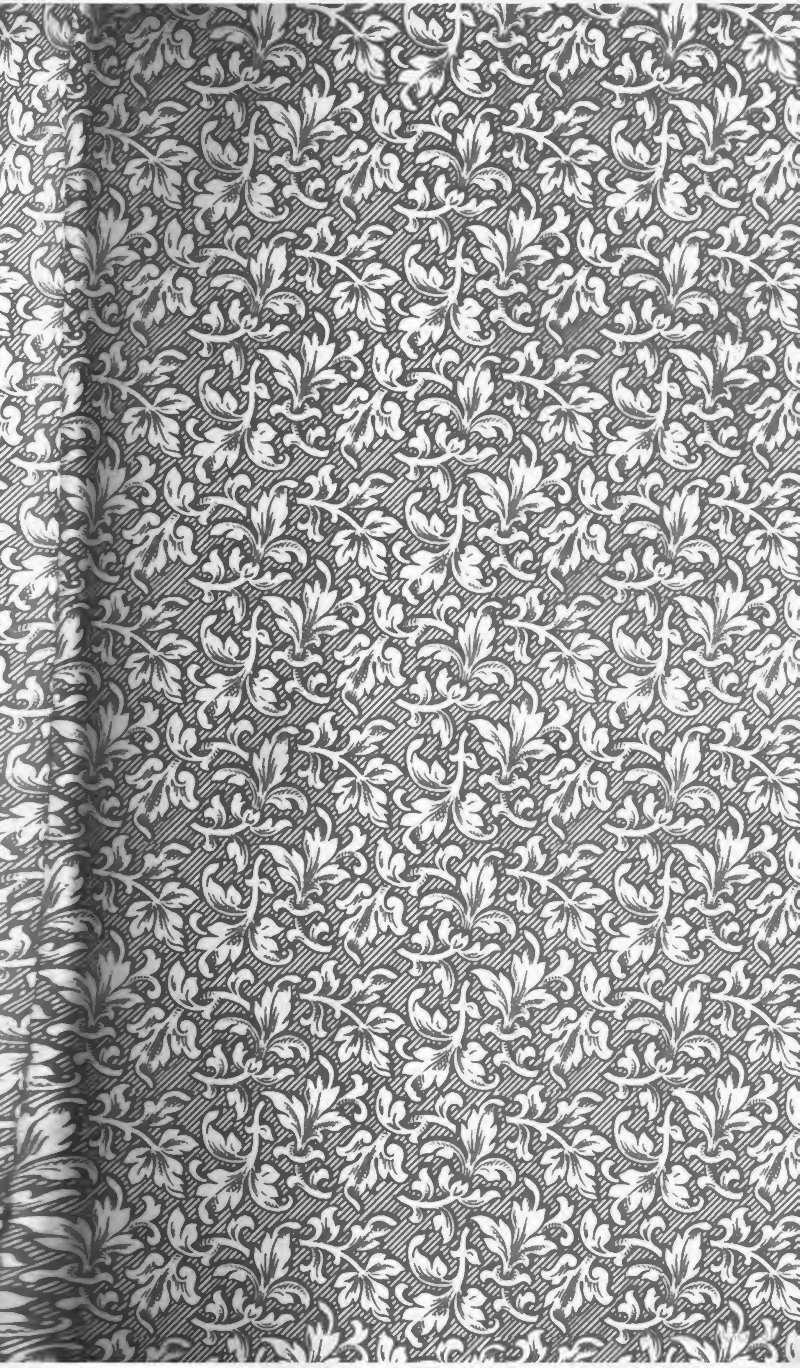
WÜRTTEMBERGISCHES ARCHIV FÜR RECHT UND RECHTSVERWALTUNG, MIT...




HARVARDIANAE
ACADEMIAE
SIGILLVM
IN NOV · ANG ·
VE RI TAS



Württembergisches Archiv

für

Recht und Rechtsverwaltung

mit Einschluß der Administrativ-Justiz.

Herausgegeben

von

Dr. F. Ph. F. v. Kübel

und

Dr. E. O. C. v. Sarwey.

Fünfzehnter Band.

Stuttgart, 1873.

Druck und Verlag von Chr. Fr. Cotta's Erben.

In Kommission bei H. Lindemann.

Rec. March 7, 1905

Inhaltsübersicht
des fünfzehnten Bandes.

Abhandlungen, Rechtsfälle und Gutachten.

Fragmente.

Seite

Seite

I.

Abhandlungen, Rechtsfälle und Gutachten.

Ueber Administrativ-Justiz nach württembergischem Rechte.

Zweiter Beitrag.

Kompetenz der Civilgerichte.

Von Dr. Sarwey.

Inhalts-Uebersicht: Der Grundsatz. §. 1. Die Anwendung, 1) Kollision der Privatrechte mit den öffentlichen Interessen; §. 2. 2) die öffentlichen Vermögensrechte. §. 3. Die Ausnahmen: 1) die scheinbaren; der Privatrechtstitel; §. 4. 2) die wirklichen; §. 5. Connexität, Präjudizialstreitigkeiten und Kompetenz-Konflikte (§. 6—8).

§. 1. Der Grundsatz.

Die Grenzbestimmung der Zuständigkeit der Civilgerichte und der Verwaltungsgerichte verliert an Bedeutung, wenn als die Aufgabe beider die Rechtsprechung erkannt ist und die Verwaltungsgerichte nach den hieraus folgenden Forderungen organisirt sind. [1] Ob über ein angeblich

[1] Darüber, in wie weit dieser Auffassung der Verwaltungsrechtspflege die bestehenden Einrichtungen in Württemberg entsprechen, hat sich der Verfasser in seinem ersten Beitrage zur Administrativjustiz ausgesprochen. Dieses Archiv, Bd. XIV., Abth. 2, S. 186 u. f.

verletztes Recht der Civilrichter oder der Administrativrichter zu entscheiden hat, ist, wofern auch der letztere als unbetheiligter und unabhängiger Richter urtheilt, jedenfalls unter dem Gesichtspunkte des Rechtsprinzips betrachtet gleichgiltig. Der Werth, welcher auf diese Grenzbestimmung bisher gelegt wurde, findet seine Erklärung in der Theorie, nach welcher die Verwaltungsjustiz nicht wirkliche Rechtsprechung, sondern eine zwischen Richten und Verwalten stehende Einrichtung mit der ausgesprochenen Aufgabe sein soll, im öffentlichen Interesse die freie Bewegung der Staatsgewalt gegenüber den Individualrechten zu wahren. Von diesem Standpunkte aus mußte die Verneinung der richterlichen Kompetenz gleichbedeutend mit der Verneinung eines geschützten Rechtes der Einzelnen genommen werden. Eben deßhalb konnte es nicht fehlen, daß der Liberalismus, welcher seine berechtigte Aufgabe in der Patronisirung der Individualrechte gegenüber einer von früher her zum Uebergreifen geneigten Staatsgewalt fand, mit Vorliebe für die Wahrung und Erweiterung der richterlichen Kompetenz in die Schranken trat. Dieß hatte die erwünschte Folge, daß die Grenze durch die Urtheile der Gerichte und die Entscheidungen von Kompetenz-Konflikten ziemlich klar gestellt ist. Die Feststellung im Wege einer umfassenden Casuistik verlangt nun aber nicht nur für die Rechtsanwendung die Zurückführung auf einfache sie zusammenfassende Formeln, sondern es muß auch, soll sie gegenüber der wissenschaftlichen Kritik bestehen und legislative Früchte tragen, möglich sein, den allgemeinen Grundsatz, auf welchem die einzelnen Entscheidungen beruhen, zu finden.

Die Arbeiten, welche sich diese Aufgabe stellen, sind zahlreich.[2] Allein, daß die Aufgabe gelöst sei, läßt sich

---

[2] Vergl. über die Literatur dieses Archiv a. a. O. Note 1, S. 185 und 186. Beizufügen sind Dr. Bähr, der Rechtsstaat (Cassel 1864), die Parteien im Verwaltungsstreit von Geheimerath Schmidt in dem badischen Centralblatt für Staats- und Gemeinde-

nicht behaupten, so eingehend und verdienstvoll namentlich auch die neueren Arbeiten von Pöhlmann (1852) und Brater (1853) über diesen Gegenstand sind.

Unzweifelhaft ist jede Untersuchung über die Grenze der civilrichterlichen Kompetenz unmittelbar an den Grundsatz anzuknüpfen, über welchen man schließlich mit wenigen Ausnahmen allgemein einig geworden ist. Man kann es als feststehende Ansicht der Wissenschaft und Praxis bezeichnen, daß den Gegenstand der Rechtsprechung der Civilgerichte die Streitigkeiten über die Privatrechte bilden und der Verwaltungsrechtspflege die Streitigkeiten aus dem öffentlichen Rechte anheimfallen.

Hiemit ist eine Grundlage für die Untersuchung gewonnen. Allein wie wenig die Aufgabe hiemit gelöst ist, zeigen die Einschränkungen und Erläuterungen, welche überall dem Grundsatze beigefügt werden.

Für Preußen sagt v. Rönne[3] „die Gerichte sind nur für solche Streitigkeiten kompetent, deren Gegenstand ein Privatrecht ist. Daher findet der Rechtsweg vor den Gerichten nicht statt in den Streitigkeiten, wobei der Staat als solcher, nicht als Erwerbsgesellschaft oder Fiskus betheiligt ist."

Interessen (1868 Nr. 2.) Von demselben Verfasser in der Zeitschrift für badische Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege 1870 Nr. 14, 17, 1871 Nr. 10 und 11. Buß in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, XII, S. 1—92. Bähr faßt die Bedeutung der Frage als eine eminent politische in dem Sinne, daß der übergreifenden Staatsgewalt im Interesse des Rechtsbegriffes, der Wahrung des objektiven Rechtes Schranken gezogen werden. Der Verfasser theilt diesen Standpunkt grundsätzlich, aber er findet ihn für die Aufgabe der Untersuchung über die civilrichterliche Kompetenz unfruchtbar. Für diese gibt es nur Einen Ausgangspunkt, die individuelle Rechtssphäre und den Schutz derselben.

[3] Preußisches Staatsrecht, I, S. 240. Was ist der Staat als solcher? Ist er dieß nicht auch als Erwerbsgesellschaft? vgl. Bähr a. a. O., S. 55.

Für Bayern hat Seuffert[4] zuerst in ähnlicher Weise durch seine Definition der Civilprozeßsache die Grenze gezogen. Eine Civilprozeßsache ist nach ihm vorhanden, „wenn die Hilfe des Staates zur Geltendmachung eines Privatrechtsverhältnisses wider einen bestimmten im entgegengesetzten Interesse betheiligten Gegner auf den Grund einer bestehenden Rechtsordnung angerufen wird.“ Daß das hiernach entscheidende Kriterium, das Vorhandensein eines Privatrechtsverhältnisses in Bayern in der Rechtsprechung allgemein zur Anerkennung gelangt ist, hat Brater[5] nachgewiesen.

Das badische Gesetz vom 5. Okt. 1863 über die Organisation der inneren Verwaltung weist den von ihm konstituirten Verwaltungsgerichten die Streitigkeiten des öffentlichen Rechts ohne Unterscheidung, ob Einzelne, Körperschaften oder der Staat dabei betheiligt sind, zu und es ergibt sich hieraus von selbst, daß der Zuständigkeit der Gerichte außer den Strafsachen und den nicht

---

[4] Kommentar zur bayer. Gerichtsordnung, I, S. 117. Da es sich hier nur um den Beweis handelt, daß die Abgrenzung der Rechtsprechung der Civilgerichte nach dem Rechtsstoff, die Beschränkung desselben auf die Privatrechtsverhältnisse die allgemein recipirte Ansicht ist, so enthalte ich mich an diesem Orte einer Kritik der Ansichten, soweit sie außerhalb dieses Zweckes liegen. So erregt z. B. in der Seuffert'schen Definition der Civil-Prozeßsache das Merkmal des bestimmten Gegners Bedenken, da das neue Recht auch Klagen gegen unbestimmte Gegner (z. B. die Amortisationsklagen) kennt, welche unzweifelhaft Civilsachen sind. Ebenso hat sich der Verfasser schon früher (dieses Archiv a. a. O., S. 187 u. f. insbes. S. 208) im Gegensatz zu v. Rönne, welcher vom Standpunkte der preußischen Staatseinrichtungen aus mit vollem Rechte jede Rechtsprechung auch von Administrativgerichten in Sachen verneint, welche nicht Privatrechtssachen sind, über die Möglichkeit, auch in Gegenständen des öffentlichen Rechts eine Rechtsprechung durch Gerichte zuzulassen und die Nothwendigkeit, sie in's Leben zu rufen, ausgesprochen. Die folgende Ausführung wird hiefür den vollen Beweis führen.

[5] A. a. O., S. 5.

streitigen bürgerlichen Rechtssachen die „bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten," wie Weizel[6] sagt, anheimfallen.

Der auch für Württemberg anerkannte Grundsatz, daß sich die gerichtliche Zuständigkeit nach dem Rechtsgebiete bestimmt, dem der Streit angehört, findet von v. Schäfer[7] seine nähere Bestimmung dahin: „Es muß in einer Civilprozeßsache auf Seite jeder Partei ein privatrechtlicher Standpunkt eingenommen sein. Streitigkeiten über solche Rechte und Verbindlichkeiten der Privaten, welche staatsrechtlicher Natur sind, gehören nicht vor die Civilgerichte." Ebenso sagt v. Wächter[8] mit Berufung auf §. 95 der Verfassungsurkunde: „daß die Entscheidung über bestrittene oder verletzte Privatrechte im Zweifel vor die Gerichtsbehörden gehöre." Namentlich, fährt v. Wächter a. a. O. fort, liegt es sehr im Interesse der Staatsbürger und des ihnen zu garantirenden unpartheiischen Rechtsschutzes, daß die Entscheidung über privatrechtliche Verhältnisse, welche zwischen den Staatsbürgern und dem Staat bestehen, und über angeblich widerrechtliche Eingriffe der verwaltenden Staatsgewalt in eigentliche Privatrechte, d. h. in solche Rechte, welche aus dem Privatrecht im objektiven Sinne entspringen, jedenfalls zur Kompetenz der Gerichte gehöre und daß in solchen Fällen dem Staatsbürger der Weg zum Richter nicht abgeschnitten werden könne."

---

[6] Das badische Gesetz vom 5. Okt. 1863, S. 104.

[7] Das Verfahren in bürgerlichen Streitsachen vor den württembergischen Gerichten (1858), S. 70.

[8] Württembergisches Privatrecht, 1, S. 7—9. Der §. 95 der Verf.-Urkunde von 1819 lautet: „Keinem Württemberger, der sich durch einen Akt der Staatsgewalt in seinem auf einem besonderen Titel beruhenden Privatrecht verletzt glaubt, kann der Weg zum Richter verschlossen werden." Auf diesen Artikel, durch welchen in Württemberg die Frage nicht gerade vereinfacht worden ist, wird der Verfasser unten zurückkommen.

Eine Entscheidung des Obertribunals vom 3. Mai 1861 [9] sagt: „nicht die Qualität des Streitgegenstandes an sich, sondern die Natur des im Streit liegenden Verhältnisses, also die Qualität des von dem Kläger seinem Anspruche unterstellten Rechtsgrundes, ob solcher dem Privatrecht oder öffentlichen Rechte angehört, ist entscheidend."

Wie sich aus dieser Zusammenstellung ergibt, so liegt die Schwierigkeit der Aufgabe nach Annahme des bezeichneten Grundsatzes in der Feststellung der Grenze des Privatrechtes, mag man dieses Wort im Sinne des objektiven oder subjektiven Rechtes nehmen, zumal, wenn man mit v. Wächter [10] zu dem Ergebniß gelangt, daß man das Privatrecht nur „negativ definiren" kann, als „den gesammten Rechtsstoff, soweit derselbe nicht zum Staatsrecht im weiteren Sinne gehört, als den Inbegriff der Rechtsgrundsätze über diejenigen Verhältnisse der Personen, seien sie der Staat oder eine andere Gemeinheit oder der Regent oder Staatsbürger oder Auswärtige 2c., welche nicht öffentliche oder staatsrechtliche sind." Privatrecht und öffentliches Recht berühren sich so häufig, sie wirken so vielfach auf einander, daß die Unterscheidung, ob ein „Streit dem Gebiete des öffentlichen oder Privatrechtes angehöre," nur die Richtung bezeichnet, in welcher die Grenzbestimmung zu suchen ist. Es gibt einen großen Kreis von Rechtsverhältnissen, bei welchen sofort klar und außer Zweifel ist, daß sie dem einen oder anderen Rechtsgebiete ausschließlich angehören. Allein ebenso zahlreich sind die Fälle, in welchen es den Anschein hat, daß sich die Streitigkeiten auf beiden Gebieten, dem Gebiete des Privat- und des öffentlichen Rechtes bewegen und eben diese Fälle sind es, in welchen die Zweifel über die Zuständigkeitsgrenze, die Kompetenz-Konflikte sich erheben

[9] Dieses Archiv VI, S. 253.

[10] A. a. O., S. 5.

und für deren Entscheidung daher mit dem an die Spitze gestellten Grundsatz Nichts gewonnen ist. Hierauf beruht es, wenn Brater mit Seuffert zum Begriff einer Civilprozeßsache (bürgerliche Rechtsstreitigkeit) verlangt, nicht, daß ihr Gegenstand ein Privatrecht, sondern ein Privatrechtsverhältniß sei, oder wie dieß v. Schäfer ausdrückt, daß beide Parteien einen privatrechtlichen Standpunkt einnehmen. Allein die Frage ist immer wieder, was sind „Privatrechtsverhältnisse," „wechselseitige Beziehungen privatrechtlicher Natur?" Und hierauf erhält man in der Regel keine oder eine unsichere Antwort. Auch die Ausführung Brater's in diesem Punkte ist nicht befriedigend. Er sagt S. 17: „Unter Privatrechtsverhältnissen werden die in dem Privatleben der Einzelnen vorkommenden, durch eine Rechtsregel bestimmten, wechselseitigen Beziehungen verstanden." S. 37: „Kann der Fall überhaupt vorkommen, daß ein Privatrechtsverhältniß nach Normen des öffentlichen Rechtes zu beurtheilen ist? In dieser Fassung gestellt muß die Frage verneint werden. Gegenstand der Privatrechtsregeln ist die Gesammtheit der Privatrechtsverhältnisse." eod. Note 75. „Im administrativkontentiösen Bereich hat es die Verwaltung regelmäßig mit Privatrechtsnormen zu thun." S. 35: „die richterliche Zuständigkeit besteht, so oft es ein Privatrechtsverhältniß ist, das auf Grund der einen oder anderen Rechtsnorm entschieden werden soll."

Es wird schwer sein, diese Aeußerungen unter sich in Uebereinstimmung zu bringen. Für die Administrativjustiz ist hiernach kein Raum; die Grenze der Rechtsprechung der Gerichte und der Administrativ-Justizbehörden wird geradezu aufgehoben und der ganze Zweck dieser Untersuchung, welche eben diese Grenze feststellen sollte, in Frage gestellt. Wenn dem Eigenthümer eines Grundstückes die Errichtung einer Fabrik auf demselben wegen der hiemit für die Nachbarschaft verbundenen Gefahren und die daraus folgende

Entwerthung ihres Besitzes untersagt wird, so handelt es sich hiebei um „wechselseitige Beziehungen, die in dem Privatleben der Einzelnen vorkommen, und durch eine Rechtsnorm bestimmt werden," d. h. um Privatrechtsverhältnisse. Dennoch unterliegt es auch nach Brater keinem Anstand, daß ein hieraus entstehender Streit nicht vor die Civilgerichte gehört. Wenn es andererseits nach Brater auch die „Verwaltung im administrativkontentiösen Bereich" d. h. die Verwaltungsjustiz mit Privatrechtsnormen zu thun hat, so ist ihre innere Berechtigung hiemit verneint. Von diesen Grundlagen aus ist überhaupt eine grundsätzliche Feststellung der Grenze von Administrativ- und Civiljustiz nicht mehr möglich; es wird die gewonnene Grundlage selbst wieder aufgegeben und die Rechtsprechung von Administrativ-Justizbehörden läßt sich nur als eine zufällige Einrichtung einzelner Staaten, als eine durch das positive Recht gemachte Ausnahme von der Regel darstellen, wie die Ausführung von Brater zeigt, welche nicht durch Ableitung aus dem Grundsatze, sondern unter steter Berufung auf das positive Recht, der Civilrechtsprechung ihre Grenzen absteckt. Ganz bezeichnend ist die Definition der „administrativkontentiösen Sachen" als „Streitigkeiten über Privatrechtsverhältnisse, in soweit dieselben der richterlichen Kompetenz entzogen sind." Pöhlmann seinerseits hat vollkommen Recht, wenn er gegen diese von Brater acceptirte Definition des Seuffert'schen Kommentars einwendet, daß hienach wegen jeder Beeinträchtigung individueller Rechte der Schutz der Gerichte angerufen werden kann, sofern man sich hiebei nicht auf den Standpunkt des bestehenden Rechtes, sondern der legislativen Konsequenz stellt.

Jede Untersuchung muß an dieser inneren Unklarheit und Unsicherheit leiden, welche die Civilrechtsprechung und die Verwaltung in direkten Gegensatz stellt, wie gewöhnlich auch von Pöhlmann und Brater ge-

schieht.[11] Der Gegensatz, von welchem auszugehen ist, um zum Verständniß der Administrativjustiz zu gelangen, ist der Gegensatz von Rechtsprechung und Verwaltung und diesen Gegensatz bestimmt nicht die Rechtsnorm, welche angewendet wird, nicht die Behörde, welche sie anwendet, nicht das Verfahren, durch welches eine Behörde thätig wird, nicht die Natur der Frage, welche den Gegenstand der Verfügung der Behörde bildet, sondern einzig und allein der unmittelbare Zweck dieser Thätigkeit, die Absicht derselben, d. h. sofern diese Absicht dem positiven Rechte gemäß ist, der Erfolg.

Die Rechtsprechung hat zum Zweck die Entscheidung über subjektive Rechte (über Individualrechte), über Rechte der Einzelnen, seien diese physische oder fingirte Personen, und zwar die Entscheidung im Falle eines Streites hierüber durch eine öffentliche Behörde auf Grund des bestehenden objektiven Rechtes vermöge der Aufgabe des Rechtsstaates.[12] Jede Thätigkeit einer Be-

---

[11] Ebenso gelangt Bähr (a. a. O. S. 63), weil er das Wesen der Rechtsprechung in der Beziehung auf das objektive Recht und nicht in der Absicht der Thätigkeit sucht, zu keiner sicheren Grundlage für seine ganz begründete Forderung, daß „Gerichte des öffentlichen Rechts" geschaffen werden. (Vergl. §. 22 und 23) Wenn z. B. Bähr sagt: „Wir begehren eine Feststellung des Rechtes der Regierungsgewalt nur als Mittel der Abwehr von Seiten dessen, der sich verletzt erachtet," so verläßt doch seine Ausführung sofort diesen Boden wieder, indem sie „diesem Richterspruch" nicht die formale Natur eines solchen vindicirt (S. 67) und nicht vindiciren kann, weil sie über die begriffliche Grenze aller Rechtsprechung hinausgeht. Damit hört sie wenigstens auf, für die Rechtsanwendung fruchtbar zu sein.

[12] Für Diejenigen, welche mit der Administrativjustiz in Württemberg vertraut sind, genügt es, zur Begründung des im Texte Gesagten darauf hinzuweisen, wie namentlich seit dem Gesetze vom 13. Nov. 1855 sehr häufig bei der Verfügung einer Behörde vor einer Entscheidung durch die höchste Administrativjustizinstanz (den Geheimerath) zu ermitteln ist, ob die Absicht die Entscheidung über ein angeblich bestrittenes Individualrecht gewesen ist oder

hörde, welche diesen Zweck nicht hat, ist Administration, Verwaltung, im Gegensatz zu Rechtsprechung.[13] Es ist hiemit nicht ausgeschlossen, daß auch die Verwaltung nach Rechtsnormen handelt und subjektive Rechte zu ihrem Gegenstande hat; allein ihr Zweck ist nicht die Entscheidung über ein bestrittenes oder verletztes Individualrecht. Die Verwaltung kann subjektive Rechte verleihen, die Rechtsprechung nicht. Die Verwaltung kann subjektive Rechte verletzen, die Rechtsprechung nicht, weil das rechtskräftige Urtheil einer Behörde, welches den Schutz des Rechtes ablehnt, das Recht selbst verneint. Die Rechtsprechung setzt die Behauptung eines bestehenden subjektiven Rechtes voraus, die Thätigkeit der Verwaltungsbehörden kann zur Erwerbung eines solchen angerufen werden.[14]

---

nicht; (vgl. dieses Archiv, Bd. XIV, S. 232, 233, 237, 240 und die bei Seuffert, Archiv V, 61, mitgetheilte Entscheidung.) Ein Beispiel, wohin die Gegenüberstellung von Verwaltungs- und Justizsachen als Grundlage der Kompetenzbestimmung der Civilgerichte führt, findet sich in der bei Seuffert, Archiv V, 309, mitgetheilten Entscheidung des O.A.G. zu Jena vom 17. Aug. 1837. Dort wurde die Entscheidung über einen Nachbarschaftsweg, also einen öffentlichen Weg, zur civilrichterlichen Kompetenz geeignet gefunden, „da es an zwei streitenden Theilen nicht fehle, deren Rechtsverhältnisse durch das Gericht nach Inhalt der bestehenden Gesetze regulirt werden sollen." Wenn dieses Merkmal die Zuständigkeitsgrenze bestimmen würde, so müßte der Civilrichter in allen Verwaltungsrechtsstreitigkeiten zuständig sein. (Vergl. dieses Archiv, Bd. XIV, S. 224 u. f.)

[13] Da jede Rechtsprechung nach einer hergebrachten staatsrechtlichen Formel aus „der Justizhoheit" des Staates fließt, so gehört auch die Administrativjustiz zur Lehre von der richterlichen Gewalt. Umgekehrt ist die sog. freiwillige Gerichtsbarkeit keine „Justizsache," sondern Verwaltungssache, obwohl sie in einzelnen Staaten ausschließlich den Gerichtsbehörden zugewiesen ist. Dieß ist schon von Mohl, Württ. Staatsrecht II, S. 226, anerkannt, indem er die freiwillige Gerichtsbarkeit als einen Theil der polizeilichen Aufgabe bezeichnet. Ebenso v. Rönne, preuß. Staatsrecht I, S. 221, Note 4

[14] Hierin und nur hierin liegt der Grund, daß in Fällen, in welchen die Zuständigkeit des Civilrichters an sich nicht bestritten

Wenn man die Unterscheidung zwischen Verwaltung und Rechtsprechung sehr häufig dahin bestimmt findet, daß es die erstere nur mit den Interessen der Gesammtheit oder Einzelner, die letztere mit dem Rechte zu thun hat, so liegt hierin ein richtiger Gedanke. Nur ist derselbe insofern verdeckt, als die Verwaltung nicht im Gegensatze zu dem Rechte steht, sondern in erster Linie gleichfalls an das Recht im objektiven und subjektiven Sinne gebunden ist. Auch die subjektiven Rechte sind nichts Anderes als wie Jhering[15] treffend sagt, Interessen mit der besonderen Eigenthümlichkeit, daß „sie rechtlich geschützt sind." Man täuscht sich auf der anderen Seite, wenn man glaubt, deßhalb, weil auch die Verwaltung, im Gegensatze zur Rechtsprechung gedacht, an das Gesetz gebunden ist und Rechtsnormen zu beobachten hat, könne ohne Rechtsprechung ein Recht des Einzelnen zur Geltung gelangen. Insoweit als die Beurtheilung der behaupteten Verletzung eines subjektiven Rechtes der Rechtsprechung entzogen und der Verwaltung überlassen ist, gelangt das subjektive Recht nicht als solches, sondern nur das Gesetz oder das Recht im objektiven Sinne zur Anerkennung. Der Erfolg kann und wird, zumal bei einer gewissenhaften Verwaltung sehr häufig für den Einzelnen derselbe sein. Allein entweder muß man anerkennen, daß auch die „Verwaltung" in einzelnen Fällen, in welchen sie ein subjektives Recht anerkennt, als Richter handelt und in diesem Falle läßt sich

---

werden könnte, dieselbe ausgeschlossen ist, wenn zur Erwerbung des Rechtes eine vorgängige Verleihung durch irgend ein Verwaltungsorgan, z. B. die Curatoren eines Familien-Stipendiums erforderlich ist. Es fragt sich übrigens stets im einzelnen Fall und zwar ist dieß eine Thatfrage, ob nach den Stiftungsnormen das Recht auf Verleihung eine Thätigkeit der Curatoren voraussetzt oder durch andere Thatsachen unabhängig von dem Willen derselben entsteht.

[15] Geist des römischen Rechtes, Bd. III, S. 328. Wo kein Rechtsschutz, ist kein subjektives Recht, wo ein subjektives Recht besteht, muß es rechtlichen Schutz haben.

gegen die Uebertragung dieser Befugniß an Gerichte Nichts einwenden, oder muß man zugeben, daß die Verwaltung kein Recht der Einzelnen, sondern nur ihre Pflicht, nach den bestehenden Gesetzen zu verwalten, anerkennt. Alsdann bestehen zwar die Verwaltungsgrundsätze, aber das Recht der Einzelnen kommt hiebei nicht in Betracht und ist niemals für deren Anwendung bestimmend. Ueber die Nothwendigkeit der Expropriation entscheidet beispielsweise in allen konstitutionellen Staaten die Verwaltung. Sie hat hiebei auf den Einzelnen, dessen Eigenthum in Anspruch genommen wird, keine Rücksicht zu nehmen. Nur das öffentliche Wohl ist für die Nothwendigkeit der Abtretung maßgebend. Das Eigenthum hört auf, der Förderung der allgemeinen Zwecke gegenüber ein Recht zu sein und an seine Stelle tritt das Recht auf volle Entschädigung, über welche der Richter, und zwar der Civilrichter, zu entscheiden hat. Gleichwohl ist die Verwaltung bei dem Verlangen der Abtretung an gewisse Verwaltungsvorschriften gebunden, welche aber nicht den Schutz des Eigenthums des Einzelnen, sondern die gesetzmäßige Ausübung der Staatsgewalt und die Sicherstellung der Entschädigungs-Ansprüche zum Zwecke haben. Ihre mittelbare Folge, aber nicht ihr unmittelbarer Zweck ist der Schutz der Individualrechte gegen willkührliche Eingriffe.

Mit Recht weist ferner die Bezeichnung administrativ-kontentiöser Sachen als Streitigkeiten über Privatrechts-Verhältnisse, insoweit dieselben der richterlichen Kompetenz entzogen sind, darauf hin, daß Rechtsprechung ohne die Behauptung eines subjektiven Rechtes nicht denkbar ist. Allein, indem dieser Ausdruck den Kreis der Rechtsprechung auf Privatrechtsverhältnisse beschränkt, wird dieser überhaupt zu eng gezogen und hieraus erklärt es sich, daß die Verwaltungs-Rechtspflege, von dem Brater'schen Satze ausgegangen, überhaupt nicht zu einer begrifflichen Grundlegung gelangt, obwohl ihre Berechtigung anerkannt wird. Es ist eine unrichtige Annahme, daß alle Streitig-

keiten über subjektive Rechte Streitigkeiten über Privatrechtsverhältnisse seien, da es unzweifelhaft subjektive Rechte gibt, welche nicht als Privatrechtsverhältnisse bezeichnet werden können, wie z. B. Staats-, Gemeindebürgerrechte, Wahlrechte, über welche aber gleichwohl eine Rechtsprechung, wie auf dem Gebiete des Privatrechtes jedenfalls denkbar ist. [16]

Jede Grenzabscheidung der Civil- und Verwaltungs-Rechtspflege hat hiernach von dem Begriffe der Rechtsprechung im Gegensatz zur Verwaltung auszugehen, d. h. zu ihrer Voraussetzung, daß beiden gemeinsam die Aufgabe ist, über subjektive Rechte (Individualrechte) zu entscheiden, worauf der Verfasser in seinem ersten Artikel [17] hingewiesen hat. Um von einer Rechtsprechung zu sprechen, muß stets ein Eingriff in die Rechtssphäre der Persönlichkeit in Frage stehen, die Persönlichkeit als die Zusammenfassung aller einem Einzelnen oder einer Mehrheit von Personen oder einem personifizirten Vermögen (Zweckvermögen) [18] zustehenden Befugnisse gedacht. Aus der Natur dieser subjektiven Rechte selbst muß sich die Grenze bestimmen lassen. Nur auf diesem Wege wird auch, was zu zeigen einer weiteren Unter-

---

[16] Wenn Bähr a. a. O. sagt: „Es ist unwahr, daß das öffentliche Recht nicht ebenso gut geeignet sei, Gegenstand eines Richterspruches zu werden, als das Privatrecht," so scheint er allerdings hier nur an subjektive Rechte zu denken. Denn auch das Privatrecht ist nur in der Form des subjektiven Rechtes Gegenstand des Richterspruches; aber dieß wird durch die weiteren Ausführungen (§. 34) wieder zweifelhaft.

[17] A. a. O., S. 199—103.

[18] Wenn im weiteren Verlaufe dieser Untersuchung von den Einzelnen im Gegensatz zu dem Staat und den öffentlichen Korporationen gesprochen wird, so ist darunter stets nicht nur der einzelne Mensch, sondern auch die juristische Person, also auch der Staat als Fiskus, die Gemeinde, der Kreis, die Kirche, als Subjekt von Vermögensrechten, welche auch dem Einzelnen zustehen, verstanden.

suchung vorzubehalten ist, das Prinzip für die Abgrenzung der Aufgabe der Verwaltungsgerichte und der Verwaltung gewonnen. Die Frage über die Kompetenzgrenze der Gerichte gegenüber der Verwaltung verwandelt sich auf diesem Punkte in die Frage von den öffentlichen Rechten. Diese Zuständigkeitsgrenze geht so weit, als das subjektive Recht geht und für dieses hat die materielle Gesetzgebung, das Verfassungsrecht des Staates mit seinen Ausführungsgesetzen die Grenze festzustellen. Alle Kompetenzabscheidung zwischen Civilgerichten und Verwaltungsgerichten hat daher von dem Inhalte, von der inneren Natur des subjektiven Rechtes ihren Ausgangspunkt zu nehmen.

Ganz abgesehen nun zunächst von der Scheidung des Rechtsstoffes in Privatrecht und öffentliches Recht läßt sich die Rechtssphäre der Persönlichkeit in zwei Klassen oder Arten von Rechten zusammenfassen. Sie sind

I. Vermögensrechte, Rechte, welche einen Geldwerth unmittelbar in sich selbst haben und, als Einheit gedacht, das Vermögen der Persönlichkeit bilden. [19]

II. Rechte, welche einen Geldwerth unmittelbar in sich selbst nicht haben, wobei es gleichgiltig ist, ob sie in ihrer mittelbaren Wirkung Einfluß auf das Vermögen üben oder nicht.

Zu der ersten Klasse gehört nicht nur der Besitz im rechtlichen Sinne, oder das Kapital im engeren Sinne, (Eigenthum, Dienstbarkeit, Forderung) sondern auch die Arbeitskraft, die Erwerbsfähigkeit und der Kredit. (Vermögen im volkswirthschaftlichen Sinne.) [20] Jede Thatsache, welche das Kapital ändert, vermehrt oder vermin-

---

[19] Diese Unterscheidung bietet ein sicheres, objektiv feststehendes Merkmal für die Rechtsanwendung. Dadurch, daß ein Streitgegenstand keine bestimmte Schätzung zuläßt, hört derselbe nicht auf, einen Geldwerth zu haben.

[20] Stein, Staatswissenschaft, Bd. I, S. 279 und 280.

dert, oder die Erwerbsfähigkeit oder den Kredit erweitert, beschränkt oder aufhebt, berührt die Rechtssphäre der Persönlichkeit und kann die Verletzung ihrer Rechte sein, gegen welche die richterliche Thätigkeit der hiezu vom Staat geordneten Organe Schutz zu gewähren berufen ist. Gegenstand dieses Schutzes ist jedoch nur das subjektive Recht des Einzelnen, mag dieser eine physische Person oder eine fingirte Person sein. Ob dieses Individualrecht in den Privatrechtsnormen oder in den Normen des öffentlichen Rechtes seinen Grund findet, ändert daran Nichts, daß es ein Vermögensinteresse zu seinem Inhalt hat.

Alle Rechte, welche einen Geldwerth in sich selbst haben, sind geschützte Privatinteressen, weil sie das Vermögen des Einzelnen bilden; jeder Eingriff in solche ist ein Eingriff in die Privatrechtssphäre der Persönlichkeit. Wenn von einem Staatsbürger eine öffentliche Abgabe gefordert oder beigetrieben, wenn die beanspruchte Benützung eines öffentlichen Wassers bestritten, wenn die Theilnahme an bürgerlichen Nutzungen entzogen wird, wenn dem Staate oder einer vom Staate anerkannten Korporation eine Steuer, wenn dem Einzelnen der Genuß einer Stiftung im Widerspruche mit dem Willen des Stifters verweigert wird, wenn von einem Staatsbürger persönliche Leistungen, der Kriegsdienst, Staatsfrohnen, Quartierleistungen verlangt werden, so liegt in allen diesen Fällen eine Wirkung auf die Privatrechtssphäre der Betheiligten vor und der Rechtsschutz, welcher und soweit er den Einzelnen gegen einen rechtlich unzulässigen Eingriff in diese Rechtssphäre gewährt wird, ist daher in Wahrheit der Schutz eines Privatinteresses. Das Wesen jedes Vermögensrechtes, mag es auf einem Grunde des Privatrechtes oder des öffentlichen Rechtes beruhen, ist seine privatrechtliche Bedeutung für das Vermögen der Person.[21] Das

---

[21] Dieß erkennt im Grunde auch v. Geßler, Tüb. Zeitschrift XVIII, S. 738, an. Denn seine Restriktion, „daß auch das reinste

Vermögensrecht hört dadurch, daß es einem durch die Verwaltung zu handhabenden höheren Rechte des Staates, der Gemeinde oder der Gesellschaft weichen muß oder die Verwirklichung eines öffentlich-rechtlichen Verhältnisses ist und dieses zu seiner Voraussetzung hat,[22] nicht auf, rechtlich geschütztes Privatinteresse zu sein. Insofern ist jede Rechtsprechung, welche das Vermögen in volkswirthschaftlichem Sinne berührt, Rechtsprechung über Privat*rechte* im ersten Falle, über Privat*interessen* im zweiten Falle.

Es gibt nun aber unzweifelhaft subjektive, d. h. in dem Begriffe der Persönlichkeit liegende, einen Theil der Persönlichkeit bildende Rechte, welche keinen Geldwerth in sich selbst haben. Dieselben werden mit folgender Aufzählung erschöpft sein:[23]

Privatrechtsverhältniß, die blos vermögensrechtliche Sphäre des Einzelnen eine Beziehung zur Staatsgewalt, durch die Belastung mit Beiträgen zur Erfüllung des Staatszweckes, äußere, fügt nur dem Vermögensrecht eine Bestimmung bei, ohne seine Natur aufzuheben.

[22] Das Recht selbst ist in diesen Fällen ein öffentliches Recht, aber seine Verletzung ist ein Eingriff in die Privatrechtssphäre, sofern seine Realisirung einen Vermögensvortheil gewährt und das Interesse hierauf gerichtet ist. Dieß ist seine privatrechtliche Seite; sein materieller Inhalt ist ein privatrechtlicher; aber das Interesse ist rechtlich geschützt nur innerhalb der öffentlich-rechtlichen (Genossenschafts)-Beziehungen, was die Kompetenzgrenze bestimmt. Es wird deßhalb keinem Mißverständnisse ausgesetzt sein, wenn diese Rechte kurz als öffentliche Vermögensrechte bezeichnet werden. (Unten §. 3).

[23] Wenn der Vorstand einer Sozietät gewisse Mitglieder statutenwidrig von der Abstimmung ausschließt und diese sich ausschließen lassen, so fällt diese Handlung in den Kreis der Autonomie und ist an sich nicht Gegenstand der Rechtsprechung. Gegenstand der Rechtsprechung wird dieser Streit nur, wenn er eine vermögensrechtliche Seite gewinnt. Anderer Ansicht ist *Bähr* a. a. O. S. 40. Das Stimmrecht an sich hat, hierin abweichend von dem öffentlichen Stimmrecht, in der privatrechtlichen Sozietät keinen Werth; es ist nur *Mittel* zum *vermögensrechtlichen*

1) Die Familienrechte, d. h. die aus der Ehe, der Zeugung und der Geburt und den an sie anschließenden Rechtsfiktionen hervorgehenden rechtlichen Beziehungen des Einzelnen zum Einzelnen, mit Ausschluß ihrer Wirkung auf das Vermögen.

2) Die Theilnahme an den zu Erfüllung der menschlichen Bestimmung bestehenden Einrichtungen der Gesammtheit, des Staates, der Gemeinde, der Bezirks- und Kreisverbände und anderer öffentlicher Korporationen, wie der vom Staate als solche anerkannten Kirchen (früher auch der Zünfte) wiederum mit Ausschluß der Theilnahme an solchen Einrichtungen, deren Mitbenützung einen unmittelbaren Geldwerth hat, in welchem Falle der Anspruch unter die erste Klasse, unter den Begriff der Forderung zu stellen ist. — Hieher gehören das Staats- und Gemeinde-Bürgerrecht, die gemeinde- und staatsbürgerlichen aktiven und passiven Wahlrechte, die ständischen Rechte der Standesherren und ritterschaftlichen Familien, [24] die Jedermann

---

Zweck und bedarf daher außerhalb dieses Zweckes keines Schutzes; das Vermögensrecht, nicht das Stimmrecht bildet den Inhalt des subjektiven Rechtes des Mitgliedes der Sozietät. Aus demselben Grunde werden hier die aus dem Vormundschaftsrechte entstehenden Streitigkeiten nicht besonders aufgeführt. Ein Einzelner kann ein subjektives Recht auf Führung einer Vormundschaft nicht in dem Sinne erwerben, daß ein Streit hierüber für sich der Rechtsprechung anheimfallen würde. Das neuerdings eingeführte kontradiktorische Entmündigungsverfahren ist eine Singularität, welche sich nur aus der vermögensrechtlichen Wirkung desselben erklärt und ein unmittelbares Vermögensinteresse, die vermögensrechtliche Handlungsfähigkeit zum Gegenstand hat.

[24] Die mit dem Adel verbundenen Rechte, die Eigenschaft des Adels wie seine Ausflüsse sind entweder Familienrechte oder öffentliche Rechte, von welchen abgesehen von dem nicht hieher gehörigen privilegirten Gerichtsstand in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit nur die Standschaftsrechte noch bestehen. Soweit sie Familienrechte sind, sind sie Privatrechte und ist der Civilrichter zuständig. Nicht ganz klar ist, wie sich Brater a. a. O., S. 43, hierüber ausdrückt.

gestattete Benützung öffentlicher Sammlungen, der Zutritt zu öffentlichen Verhandlungen der Behörden u. s. f. Auch die Theilnahme an den Einrichtungen einer vom Staate als öffentliche Korporation anerkannten Kirche und an den öffentlichen Unterrichtsanstalten ist insofern hieher zu zählen, als es sich nur um die Befriedigung geistiger Interessen handelt, welche an sich keinen Geldwerth haben, obwohl sie ebenso wie die Familienrechte der Grund eines Vermögens-Erwerbs werden können.

3) Die Persönlichkeit erweitert sich im Staats- und Gemeindeleben durch das Amt, den öffentlichen Dienst insofern, als mit der Uebertragung desselben gewisse an sich in der Persönlichkeit nicht enthaltene subjektive Befugnisse und Pflichten übertragen werden, welche, ausgenommen wiederum die hiemit verbundenen in die erste Klasse fallenden Vermögens-Ansprüche, dieser zweiten Klasse angehören.

Die an sich gleichfalls hieher gehörigen Rechte der Person auf Integrität ihrer körperlichen Existenz, auf Freiheit und auf Ehre, sind hier nicht aufzunehmen, da sie, soweit nicht ihr Schutz dem Strafrichter anheimfällt, nur unter dem Gesichtspunkt der Vermögensrechte (ästimatorische Injurienklage, Schadenersatzklage) Gegenstand der Rechtsprechung sind.

Von den hiernach zu der zweiten Klasse zu zählenden Individualrechten sind nur die Familienrechte Gegenstand der Rechtsprechung der Civilgerichte. [25] Alle übrigen unter dieselbe gestellten Rechte oder Ausflüsse der Persönlichkeit

---

[25] Das Recht auf einen bestimmten Familiennamen ist nach Entscheidungen der O.A.G. in Darmstadt und München gleichfalls ein Familienrecht. Seuffert, Archiv VI, 6, XVIII, 3, 58. Die Entscheidung des O.A.G. in Jena, XVIII, 44, beruht auf der Bejahung der Frage, ob durch Vertrag ein vor den Civilrichter sich eignender Anspruch entstehe. (Vgl. §. 4.) Die Voraussetzung ist jedenfalls, daß das Recht auf Führung eines Familiennamens aus dem Familienrecht abgeleitet wird.

sind öffentliche Rechte. Daß auch sie Gegenstand der Rechtsprechung werden können, ist schon früher von dem Verfasser hervorgehoben.[26] Es bedarf keines Beweises, daß z. B. über Staats- und Gemeindebürgerrecht, über die streitige Stimmberechtigung und Wählbarkeit bei Gemeinde-, Bezirks- und Kreiswahlen ꝛc. nur durch einen richterlichen Spruch sollte entschieden werden können, da andernfalls der Zweck aller gesetzlichen Vorschriften über Erwerb und Verlust des Bürgerrechtes, ebenso der Wahlgesetze vereitelt würde, welcher in der Sicherstellung der Einzelnen gegen die Willkühr der Verwaltung zum großen Theile liegt.

Niemals aber und in keiner Gesetzgebung ist die Entscheidung über streitige Rechte dieser Art den Civilgerichten zugewiesen oder auch nur der Versuch gemacht worden, ihre Zuweisung an die Civilgerichte zu verlangen. Ebenso klar ist ferner, daß es sich bei denselben nicht um Privatrechte und nicht um Privatrechtsverhältnisse handelt und daß daher der Kreis der Administrativ-Rechtsprechung von Anfang an zu eng von Brater gezogen ist, wenn er ihn auf Privatrechtsverhältnisse, die den (Civil)- Gerichten entzogen seien, beschränken will. Die Streitigkeiten über diese öffentlichen Rechte bilden den ersten und unzweifelhaftesten Gegenstand der Rechtsprechung der Administrativgerichte, wobei die Frage, inwieweit das positive Recht des Staates auf diesem Gebiete subjektive Rechte, durch den Administrativrichter geschützte Interessen anerkennt, hier dahingestellt bleibt.

Nicht so einfach liegt die Sache bei Streitigkeiten über solche Rechte, welche der ersten Klasse angehören. Man kann daraus, daß in diesen Fällen, wie gezeigt, stets Privatinteressen (Vermögensrechte) in Frage stehen, nach dem allgemeinen Grundsatz die Folge ziehen, daß in allen

---

[26] Dieses Archiv, Bd. XIV, S. 193; vergl. auch Bähr a. a. O., S. 57.

diesen Fällen die Civilgerichte zur Entscheidung zu berufen seien.

Allein ganz abgesehen von dem positiven Rechte wird man, von der Auffassung der Administrativjustiz ausgegangen, welche die Grundlage dieser Untersuchung ist, zu einem anderen Ergebniß gelangen. Wenn einmal ihre Berechtigung in „Streitigkeiten des öffentlichen Rechtes" anerkannt ist, so wird man zu untersuchen haben, ob Streitigkeiten über Vermögensrechte denkbar sind, auf welche diejenigen Erwägungen Anwendung finden, welche die Zuweisung der Rechtsprechung über Individualrechte an besondere Gerichte (die Administrativgerichte) rechtfertigen. Im Falle der Bejahung wird man diese Streitigkeiten aus denselben Zweckmäßigkeitsgründen wie die Streitigkeiten über die Individualrechte der zweiten Klasse an jene besonderen Gerichte verweisen.

Es bedarf kaum eines Nachweises und wird, sofern nicht die Berechtigung besonderer Administrativgerichte überhaupt bestritten wird, keinem Widerspruch begegnen, daß diese Frage in folgenden zwei Fällen zu bejahen ist:

1) Wenn ein Vermögensrecht, (Eigenthum im engeren Sinne), Arbeitskraft, Kredit durch die Rücksicht auf die öffentlichen Interessen an sich beschränkt ist oder im einzelnen Falle der Geltendmachung dieser Interessen weichen soll und *diese Beschränkung* den Gegenstand des Streites bildet;

2) wenn dasselbe nicht anders als unter der Voraussetzung eines öffentlichen Rechtes der zweiten Klasse gedacht werden kann und hiedurch bedingt ist; *wenn ein vermögensrechtlicher Anspruch die Verwirklichung der durch das öffentliche Recht geregelten (der genossenschaftlichen) Beziehungen ist, in welchen der Staat und die vom Staate anerkannten Korporationen* (Gemeinde-, Bezirks-, Kreis-, Kirchen- und Schul-Verbände) *zu den Einzelnen und zu einander stehen.*

Diesen zwei Arten von Streitfällen, welche insofern eine Ausnahme von der Regel bilden, als die meisten Streitigkeiten über Vermögensrechte nicht zu ihnen gehören und im Zweifel rein privatrechtlicher Natur sind, ist gemeinschaftlich, daß die vermögensrechtlichen Ansprüche durch das öffentlich-rechtliche Verhältniß des Einzelnen zu dem Staate oder der öffentlichen Korporation entweder ganz oder doch in der den Streit veranlassenden Beziehung beherrscht werden und mithin nach anderen Grundsätzen als denjenigen des Privatrechtes zu beurtheilen sind, welche die rechtlichen Verhältnisse auf der Grundlage der allgemein gleichen Rechtssphäre der Persönlichkeit ordnen. Man kann sich mit Brater darin einverstanden erklären, daß ein Privatrechtsverhältniß niemals nach den Normen des öffentlichen Rechtes beurtheilt werden kann. Allein ebenso gewiß ist, daß in dem ersten der bezeichneten Fälle die allein entscheidende Frage über die Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit des Eingriffes in ein Privatrecht (Vermögensrecht) nicht nach den Normen des Privatrechtes, sondern nach den Normen des öffentlichen Rechtes [27] zu

[27] Es ist ein unzweifelhaftes Verdienst der Schrift von Bähr (a. a. O., S. 17), darauf hingewiesen zu haben, daß die Beziehungen des Einzelnen zu dem Staat und den in den Staatsorganismus als wesentliche Glieder eingereihten anderen Vereinigungen (der öffentlichen Korporationen) sowie dieser unter sich in dem „Genossenschaftsverhältniß" liegen. Mit der Bezeichnung des öffentlichen Rechtes als „genossenschaftliche Rechtsnorm" ist eine höchst werthvolle Hinweisung auf das Wesen des öffentlichen Rechtes gewonnen. Nur ist nicht außer Acht zu lassen, daß dieser Ausdruck nach Einer Seite zwar richtiger, nach der anderen Seite aber weniger klar indicirt. Nicht jede ein Genossenschaftsverhältniß regelnde Norm ist eine öffentlich-rechtliche. Aber jede das Genossenschaftsverhältniß der Einzelnen im Staate oder einer öffentlichen Korporation oder dieser unter sich regelnde Norm und nur diese ist öffentliches Recht. Nicht die Rechtsquelle, sondern der Inhalt der Rechtsnorm bestimmt ihre Eigenschaft als öffentliche oder privatrechtliche Norm. Wenn dieser wesentliche Unterschied nicht beachtet wird, gelangt man zu schiefen Ergebnissen (vgl. unten §. 5 a. E).

beurtheilen ist. Ebenso ist im zweiten Falle, im Falle des Streites über ein auf einem Rechtsverhältnisse des öffentlichen Rechtes auf „einer genossenschaftlichen" Norm beruhendes Vermögensrecht Gegenstand des Streites kein Privatrechtsverhältniß, vielmehr der Streit nach den Grundsätzen des öffentlichen Rechtes zu entscheiden; aber auf Einer Seite jedenfalls und sehr häufig auf beiden Seiten ist der Zweck des Streites die Abwendung eines Vermögensnachtheils oder die Zuwendung eines Vermögenszuwachses aus Rechtsgründen, ganz ebenso, wie im Falle des Streites über ein Privatrechtsverhältniß. Das öffentliche Recht äußert seine Wirkung auch auf Privatrechte. Es beschränkt, vernichtet und erzeugt Vermögensrechte, und *soweit diese Wirkung Gegenstand eines Streites ist, insoweit tritt die Rechtsprechung des Administrativrichters ein.*

Man hat, seitdem die Abgrenzung der civilgerichtlichen und administrativen Kompetenz erörtert wird, stets erkannt, daß in den bezeichneten Fällen, in welchen das öffentliche Recht Vermögensrechte *beherrscht*, die Streitigkeiten eine privatrechtliche und eine öffentlich-rechtliche Seite bieten, und hat sich daher auf verschiedene Weise bemüht, zu ermitteln, unter welchen Bedingungen die eine oder andere Seite so vorherrschend sei, daß hiernach die Zuständigkeit des Civilrichters oder die Ausschließung derselben zu bestimmen wäre. Dieß hat man namentlich in Württemberg durch Berufung auf den schon oben erwähnten §. 95 der Verfassungsurkunde von 1819 versucht. Allein wenn dieser Verfassungsbestimmung die Bedeutung einer die Kompetenzgrenze bestimmenden Gesetzesvorschrift gegeben wird, so kann man nicht umhin, die meisten Streitigkeiten über Vermögensrechte auch in den oben bezeichneten zwei Ausnahmsfällen dem Civilgerichte zuzuweisen. Wenn A. behauptet, daß er durch eine Verfügung der Baupolizeibehörde im Widerspruch mit den bestehenden baupolizeilichen Vorschriften in der freien Benützung seines Eigenthums

verhindert sei, so glaubt er sich verletzt: 1) durch einen Akt der Staatsgewalt, 2) verletzt in seinem Privatrechte, in seinem Eigenthum und der hierin liegenden Befugniß der freien Benützung der Sache, 3) in einem auf einem besonderen Titel beruhenden Privatrechte; denn sein Eigenthum beruht auf einem besonderen Titel. Nach dem Wortlaut des §. 95 der Verfassungsurkunde kann ihm daher in diesem Falle der Weg zum Richter nicht verschlossen werden. Wenn A. behauptet, sein durch Verleihung oder die dieser gleichstehende Immemorial-Verjährung erworbenes Nutzungsrecht an einem öffentlichen Wasser sei durch eine Verfügung der Verwaltungsbehörde verletzt, so liegt nach dem Ausgeführten gleichfalls der Fall des §. 95 der Verfassungsurkunde vor. Denn das Nutzungsrecht des A. ist als Befugniß seiner Person nur als Vermögensrecht, d. h. als rechtlich geschütztes Privatinteresse denkbar, welches auf dem besonderen Titel der Verleihung ꝛc. beruht.[28] Wenn die Rechtsanwendung gleichwohl dem §. 95 diese Folge nicht gegeben hat, so kann man sich hiebei nur von dem Standpunkt aus beruhigen, welchen der Verfasser eines im ersten Bande des Archives veröffentlichten Aufsatzes[29] eingenommen hat, indem er hierin „nur eine ausdrückliche Wahrung von Axiomen eines wohlgeordneten verfassungsmäßigen Staates, deren Deutung und Anwendung erst gesucht werden muß," erblickt. Andere Versuche, durch die Betonung der Worte „besonderer Titel" dem §. 95 eine restriktive Auslegung zu geben, haben durch ihre innere Prinziplosigkeit nicht

---

[28] Diese Auffassung des §. 95 hat auch von jeher ihre Vertreter gefunden; vgl. Hoffacker's Jahrbücher I, S. 165; v. Wächter, Württemb. Privatrecht a. a. O., S. 7, 8; v. Scheurlen; Civilprozeß, S. 95 u. f. Eine etwas abweichende Ansicht findet sich bei v. Geßler, Tüb. Zeitschrift XVIII, S. 738.

[29] Obertribunalrath Sarwey: Zur Orientirung über die Rechtszustände in Württemberg. Dieses Archiv Bd. I, S. 23.

wenig dazu beigetragen, die Aufgabe zu verwickeln.[30] Die Richtigkeit jener Auffassung des §. 95 leuchtet ein, wenn man die Administrativgerichte unter die Gerichte einreiht. Gerichte im Sinne des §. 95 der Verfassungsurkunde sind nach der dermaligen Behördenorganisation nur die Civilgerichte. Werden aber den Administrativgerichten die Eigenschaften der Gerichte verliehen, so ist der §. 95 durch die Zuweisung der in Frage stehenden Fälle an sie auch nach der hier vertretenen Auslegung vollkommen zur Ausführung gelangt; er hört aber eben damit unter allen Umständen auf, eine Norm für die Kompetenzgrenze der Civilgerichte zu sein.

Die bisherigen Ausführungen lassen sich in Folgendem zusammenfassen: Die Aufgabe der Civilgerichte und der Administrativ-Justizbehörden ist der Schutz bestrittener oder verletzter subjektiver Rechte (Individualrechte), in der Form der Entscheidung und der Vollziehung der rechtskräftigen Entscheidungen.[31] Die Entscheidung über verletzte oder bestrittene Familien- und Vermögensrechte steht dem Civilrichter zu, sofern nicht die Kollision des Vermögensrechtes mit den öffentlichen Interessen oder ein öffentliches Vermögensrecht in Frage steht. Die Entscheidung über alle subjektiven Rechte, welche keinen Geldwerth haben und nicht Familienrechte sind, ebenso der Schutz bestrittener oder verletzter Vermögensrechte in den erwähnten zwei Ausnahmsfällen ist die Aufgabe der Administrativ-Justizbehörden.

§. 2. Die Anwendung des Grundsatzes. 1) Die Kollision der Vermögensrechte mit den öffentlichen Interessen.

Die Richtigkeit dieser Grundsätze wird sich in der folgenden Anwendung auf die einzelnen Fälle an der

[30] Vgl. dieses Archiv, Bd. XIV, S. 233, Note 1.

[31] Auch der Vollziehung nach deutschem, wenn gleich nicht nach französischem Rechte.

Hand der gesetzlichen Bestimmungen und der Praxis und zwar zunächst für die Grenze der civilrichterlichen Zuständigkeit erweisen. [32]

Daß zur Zuständigkeit des Civilrichters alle Streitigkeiten über Familienrechte und über Vermögensrechte, soweit bezüglich der letzteren keine der bezeichneten Ausnahmen zutrifft, gehören, bedarf keines weiteren Nachweises. Ebensowenig bedarf es einer weiteren Erörterung, daß für diejenigen subjektiven Rechte, welche keinen Geldwerth haben, ausgenommen die Familienrechte, wenn und soweit subjektive Rechte dieser zweiten Klasse anerkannt sind, die administrativ-richterliche Zuständigkeit Platz greift. Diese Prüfung hat sich daher nur mit den unter die Ausnahmen fallenden Streitigkeiten über Vermögensrechte zu beschäftigen.

I. Fälle, in welchen die Wirkung des öffentlichen Rechtes auf Vermögensrechte die Zuständigkeit des Civilrichters aufhebt, weil das Vermögensrecht gegen die Geltendmachung der öffentlichen Interessen sich nicht behaupten kann und diese Unterordnung unter die öffentlichen Interessen den Gegenstand des Streites bildet.

Hiebei ist zu unterscheiden, ob das Vermögensrecht

---

[32] Es ist im Folgenden in der Hauptsache nur eine systematisch geordnete Zusammenstellung bekannter Gesetze und Entscheidungen zu erwarten, welche als die grundlegende Vorarbeit für die Feststellung der Grenzen der Verwaltungsjustiz und der Verwaltung nothwendig ist. Bei der Schwierigkeit dieser umfassenden Aufgabe wird der Verfasser an eine nachsichtige Beurtheilung der Mängel dieser Arbeit, deren er sich wohl bewußt ist, appelliren dürfen. Gleichwohl dürfte dieser Versuch auch für die Rechtsanwendung nicht unerwünscht sein, da eine Zusammenfassung der in zahlreichen zur Veröffentlichung gekommenen, überall zerstreuten Präjudizien bis auf die neueste Zeit für Württemberg fehlt. Die sehr verdienstliche Zusammenstellung bei Schäfer, Civilprozeß, S. 54—87, hat eine systematische Ordnung nicht beabsichtigt und macht eine Ergänzung durch die seit 13 Jahren veröffentlichten Arbeiten und Entscheidungen wünschenswerth.

durch das Gesetz oder durch die Verfügung einer öffentlichen Behörde, insbesondere vermöge der Polizeigewalt des Staates im öffentlichen Interesse beschränkt oder aufgehoben wird.

A. Im Falle der Aufhebung oder Beschränkung durch das Gesetz gibt es keinen Schutz des Vermögensrechtes durch den Richter, da der Richter nur die Gesetze anzuwenden hat. Wohl aber hat der Civilrichter an sich zu entscheiden, wenn darüber gestritten wird, ob ein Vermögensrecht durch das Gesetz aufgehoben sei oder nicht, sofern dasselbe ein Privatrecht (kein öffentliches Vermögensrecht) ist. Ebenso ist unter derselben Voraussetzung der Civilrichter an sich zuständig, wenn das Gesetz die Aufhebung an gewisse Voraussetzungen geknüpft oder an die Stelle des aufgehobenen Vermögensrechtes ein neues Vermögensrecht gesetzt hat und ein Streit hierüber entsteht. Demgemäß bestimmt noch das Schäfereigesetz vom 9. April 1828 in Art. 9 und 12, daß, wenn sich die Betheiligten über die Bedingungen der Ablösung von Schafweide-Dienstbarkeiten nicht einigen, auf Anrufen der Betheiligten der ordentliche Richter zu entscheiden und ebenso im Streitfalle die Entschädigung für das aufgehobene sog. Landgefährt festzustellen hat.

Man hat es jedoch später zweckmäßig gefunden, die aus der Vollziehung solcher Gesetze sich ergebenden Streitigkeiten an besondere Behörden zu verweisen, und es ist hiemit von allen gesetzgebenden Faktoren die Berechtigung derjenigen Rücksichten anerkannt worden, welche überhaupt, wie der Verfasser in dem ersten Artikel ausgeführt hat, die Administrativgerichtsbarkeit rechtfertigen.

Die württembergischen Ablösungsgesetze weisen ohne Ausnahme Streitigkeiten über ihren Vollzug besonderen (gerichtlichen) Behörden zu, wogegen die Zuständigkeit zur Entscheidung von Streitigkeiten über das Vermögensrecht selbst, um dessen Aufhebung oder Verwandlung durch das Gesetz es sich handelt, unberührt bleibt.

Dieser Grundsatz hat schon in den Ablösungsgesetzen von 1836 Anwendung gefunden.[33] Die Kreisregierungen, die Ablösungs-, Centralkommission und der Geheimerath sind in der Instanzenfolge durch diese Gesetze zur Entscheidung berufen. Derselbe Grundsatz findet sich in den neueren Ablösungsgesetzen von 1848 und 1849.[34] Die zuständigen Administrativ-Justizbehörden sind die Ablösungs-Kommission und der K. Geheimerath für die zweite und letzte Instanz. Doch ist

1) ein Streit darüber, ob eine Last (nicht nur eine Pfarrbesoldung vgl. Schäfer, württ. Civilprozeß, S. 61) auf dem Zehnten allein oder zugleich auf anderem Eigenthum ruht, von dem ordentlichen Civilrichter zu entscheiden.[35]

2) Bezüglich der Leistungen für öffentliche Zwecke, welche das Gesetz als mit dem Besitze einzelner oder verbundener Gegenstände verknüpfte bleibende Lasten für ab-

---

[33] Art. 15 und 16 des Gesetzes vom 27. Oktober 1836 in Betreff der Beeden und ähnlicher Abgaben; Art. 35 des Gesetzes vom 28. Okt. 1836 in Betreff der Ablösung der Frohnen; Art. 24 bis 26 des Gesetzes vom 29. Oktober 1836, betreffend die Entschädigung der berechtigten Gutsherrschaften für die Aufhebung der leibeigenschaftlichen Leistungen.

[34] Art. 17 des Gesetzes vom 14. April 1848, betr. die Beseitigung der auf dem Grund und Boden ruhenden Lasten; Art. 66 bis 68 des Gesetzes vom 17. Juni 1849, betr. die Ablösung der Zehnten; Art. 11 und 12 des Gesetzes vom 24. August 1849, betr. die Beseitigung der Ueberreste älterer Abgaben. Art. 11 und 12 des Gesetzes vom 19. April 1865 wegen Ablösung von Leistungen für öffentliche Zwecke. Abweichende, jeder inneren Konsequenz ermangelnde Bestimmungen über die Kompetenz bei Streitigkeiten über Ablösungsentschädigungen enthält das preußische Gesetz vom 21. Mai 1861, eine Erscheinung, welche sich nur daraus erklärt, daß man in Preußen außerhalb der Civilgerichte bis jetzt überhaupt keine Rechtsprechung über subjektive Rechte kennt und keine hiezu geeigneten Staatsorgane hat.

[35] Art. 41 des Zehntablösungsgesetzes, §. 46 der Hauptinstruktion zu demselben.

lösbar erklärt, sind nicht nur die Streitigkeiten über das Dasein und den Umfang, sondern auch über die rechtliche Natur und die Ablösbarkeit einer Leistungsverbindlichkeit den Gerichten zugewiesen. (Vgl. unten §. 4, a. E).

3) Ueber die Zuständigkeit in Streitfällen darüber, ob angeblich rückständige Leistungen aus einer zur Ablösung zu bringenden Leistungsverbindlichkeit nachträglich zu erfüllen sind, enthält nur der Art. 34 des Gesetzes vom 29. Okt. 1836, betr. die Aufhebung der leibeigenschaftlichen Leistungen, die Ausnahmebestimmung, daß über Entschädigungsansprüche für die von 1818 bis 1836 entbehrten Nutzungen die ordentlichen Gerichte zu entscheiden haben. Bei Streitigkeiten über nachträgliche, der Ablösung vorgängige Leistung verfallener Schuldigkeiten in Anwendung der neueren Ablösungsgesetze, insbesondere in den Fällen des Art. 5 des Gesetzes vom 19. April 1865, ist dagegen die Zuständigkeit der Ablösungsbehörden durch Entscheidung der K. Ablösungskommission und des K. Geheimenrathes anerkannt. [36]

Das Gesetz vom 8. Juni 1849 über Bannrechte und Gewerbsberechtigungen mit Ausschließungsbefugniß, welches diese Berechtigungen ausnahmslos für aufgehoben erklärt und eine Entschädigung nur „für die durch privatrechtlichen Titel entstandenen oder später durch solchen erworbenen" Rechte vorbehält, bestimmt in Art. 15 gleichfalls, daß die Entscheidung der über die Auslegung und Anwendung des Gesetzes entstehenden Streitigkeiten der Ablösungskommission mit dem Rekurs an den Geheimenrath zusteht, wogegen ein Streit über die Existenz und den Umfang eines solchen Rechtes nach Art. 19 den Gerichten zugewiesen ist. Da in dem Falle, wenn die Gerichte die

---

[36] Erkenntniß der Ablösungskommission vom 1. Juni 1869, betr. die Ablösung der Baulast an der Kirche zu Kirchen; vom 26. Juni 1871 in S. des Stiftungsrathes in Herdtfeldhausen gegen den Hospital in Bopfingen; Entscheidung des K. Geh.-Rathes vom 3. Febr. 1872 in derselben Sache.

Existenz eines Bannrechtes anerkennen oder über seinen Umfang entscheiden, dasselbe auf einem „privatrechtlichen Titel" beruhen muß, so entscheiden die Gerichte hiemit stets auch sachlich, wenn nicht formell, über die Entschädigungspflicht, während, wenn das Bannrecht selbst nicht in Streit gezogen wird, darüber, ob es auf einem privatrechtlichen Titel beruht, die Ablösungsbehörden entscheiden.

Folgerichtiger ordnet die Kompetenz das Gesetz vom 17. August 1849 über das Jagdwesen, welches jedes Jagdrecht auf fremdem Grund und Boden für aufgehoben erklärt und für diejenigen Rechte, die ein Anderer als der Staat erweislich durch einen lästigen mit den Eigenthümern abgeschlossenen Vertrag erworben hat, eine Entschädigung gewährt. Nach dem Jagdgesetz sind Streitigkeiten über den Grund des Anspruches und über die Größe der Entschädigung von den Gerichten zu entscheiden.

Der Entwurf des Weideablösungsgesetzes, wie er aus den Berathungen der Kammer der Abgeordneten hervorgegangen, weist ebenso die Streitigkeiten, welche sich über die Auslegung und Anwendung des Gesetzes ergeben, der Regel nach den Verwaltungsjustizbehörden (Oberamt, Kreisregierung, Geheimerath) zu, jedoch wird der civilgerichtlichen Zuständigkeit vorbehalten:

1) die Entscheidung von Streitigkeiten über das Bestehen oder den Umfang eines Waldweide-, Waldgräserei- und Waldstreurechtes oder einer besonderen hiemit zusammenhängenden Kulturbeschränkungsbefugniß, sowie über etwaige Gegenleistungen des Berechtigten an den Belasteten,

2) die Entscheidung von Streitigkeiten über das Bestehen und den Umfang eines Feldweide- und Pferchrechtes, in soweit dasselbe nicht auf den Markungs- oder Gemeindeverband gestützt wird,

3) die Entscheidung von Streitigkeiten über die die Entschädigungspflicht bedingende Frage, ob eine Kulturbe-

schränkungsbefugniß auf Grund eines privatrechtlichen Titels bestanden hat.

B. In den zahlreichen Fällen, in welchen vermöge des sog. jus eminens des Staates oder vermöge besonderer gesetzlicher Bestimmungen Vermögensrechte im öffentlichen Interesse gegen den Willen des Berechtigten durch Verfügungen der Staatsverwaltungsbehörden beschränkt, geschmälert, modifizirt oder entzogen werden können, steht der allgemeine Grundsatz fest, daß über das Recht der Behörden zu einer solchen Maßregel überhaupt und im einzelnen Falle niemals die Gerichte zu entscheiden haben. Obwohl hierin stets ein unmittelbarer und nicht selten sehr empfindlicher Eingriff in die Privatrechtssphäre liegt, welcher, falls dessen Gesetzmäßigkeit bestritten ist, als eine wirkliche Rechtsverletzung erscheint, ist doch in der württembergischen Rechtsprechung anerkannt, daß ein Streit hierüber niemals auf den Civilrechtsweg gebracht werden kann,[37] da die Behörden hiebei stets als öffentliche Gewalt handeln und die Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit ihres Handelns ausschließlich nach dem öffentlichen Rechte zu beurtheilen ist.

Hiebei gestaltet sich übrigens das Verhältniß des Einzelnen zu der öffentlichen Gewalt verschieden, je nachdem für den mit dem Eingriff verbundenen Vermögensnachtheil des Einzelnen eine Entschädigung zu gewähren ist oder nicht. Diese zwei Arten von Eingriffen der öffentlichen Gewalt in die Vermögensrechte sind daher je für sich zu betrachten.

---

[37] Abweichend hievon ist die Entscheidung der Juristen-Fakultät in Göttingen bei Seuffert, Archiv, Bd. XVI, S. 255, welche in einem hieher gehörigen Falle die Zuständigkeit des Civilrichters mit Folgendem begründet hat: „Es ist klar, daß das Niederreißen eines Wohnhauses durch einen Dritten ein Eingriff in das wohlerworbene Recht des Eigenthümers ist und daß die Frage, ob die Handlung eine widerrechtliche, den Urheber zur Entschädigung verpflichtende auch dann, wenn sie von einem öffentlichen Beamten unter Be-

1) In allen Fällen der Expropriation tritt an die Stelle des entzogenen oder geschmälerten Vermögensrechtes der vermögensrechtliche Anspruch auf volle Entschädigung, was für die Kompetenzgrenze zwei wesentliche Folgen hat. Da man hiebei davon ausgeht, daß für das entzogene oder geschmälerte Privatrecht ein volles Aequivalent gewährt wird, so kann, sofern dem Einzelnen die Realisirung des Aequivalents gesichert ist, auf einen weiteren Rechtsschutz seines Vermögensrechtes wohl verzichtet werden. Andererseits ist ein richterlicher Schutz gegen die Rechtsentziehung selbst, soll der Zweck erreicht werden, ausgeschlossen, da der öffentlichen Gewalt in den Mitteln zu Erreichung des Zweckes ein richterlicher Spruch nicht hindernd in den Weg treten darf. Es ist daher über die Vermögensabtretung selbst der Rechtsweg nicht zulässig, dagegen ist der Civilrichter über die zu gewährende Entschädigung ausschließlich zuständig. Die hieher gehörigen Fälle sind

a) §. 30 der Verf.-Urkunde.

b) Art. 9 der Gewerbeordnung vom 12. Febr. 1862, wonach in Nothfällen und aus Gründen des öffentlichen Wohles die Polizeibehörde befugt ist, den Gewerbetreibenden zur Arbeit und zum Verkauf seiner Waaren anzuhalten und den Preis dafür vorbehältlich des ordentlichen Rechtsweges vorläufig zu bestimmen.[38]

c) Art. 6 des Gesetzes vom 15. Mai 1859, betreffend die Aufbringung des Bedarfs an Pferden für den Fall der Mobilmachung des K. Truppenkorps, wonach, wenn

rufung auf seine amtliche Pflicht vorgenommen wurde, eine reine Rechtsfrage ist." Nach diesem Satze müßten alle diese Streitigkeiten an den Civilrichter verwiesen werden, sofern die öffentliche Gewalt in die Vermögensrechte des Einzelnen eingreift. (Vergl. unten Note 42 und 57).

[38] Die am 1. Januar 1872 in Geltung getretene deutsche Gewerbeordnung hat keine derartige Bestimmung. Da aber dieses der Polizeibehörde eingeräumte Recht aus dem jus eminens des Staates folgt, so wird man dasselbe auch nach Einführung der deutschen Gewerbeordnung nicht als aufgehoben zu betrachten haben.

der frühere Eigenthümer des im Zwangswege für das Truppenkorps erworbenen Pferdes den von der Schätzungskommission bestimmten Preis nicht annehmbar findet, hierüber die ordentlichen Gerichte zu entscheiden haben.

d) Art. 25 und 26 des Gesetzes vom 18. Juni 1864, betreffend die militärische Einquartierung und ähnliche Leistungen für die K. Truppen, und §. 2 der K. Verordnung vom 4. August 1870, betreffend die Abänderung einer Bestimmung des Gesetzes vom 18. Juni 1864, wornach für gewisse außerordentliche Beschädigungen durch die Ueberlassung des Gebrauches von Sachen an die Militärverwaltung und für im Requisitionswege erfolgte Lieferungen an Bauholz, Stroh, Heizungs-, Beleuchtungs- und Kochmaterial voller Ersatz zu gewähren ist, bezw. die laufenden Preise zu vergüten sind.

Das Gesetz erwähnt zwar der Zulässigkeit des Civilrechtsweges im Falle eines Streites über diese Entschädigungsansprüche nicht ausdrücklich. Allein da es vollen Ersatz zur Pflicht macht, so kann nach der Analogie des §. 30 der Verf.-Urkunde die Zulässigkeit des Rechtsweges keinem Bedenken unterliegen.

e) Nach §. 51 der deutschen Gewerbeordnung kann wegen überwiegender Nachtheile und Gefahren für das Gemeinwohl die fernere Benützung einer jeden gewerblichen Anlage durch die höhere Verwaltungsbehörde zu jeder Zeit untersagt werden; doch muß dem Besitzer alsdann für den erweislichen Schaden Ersatz geleistet werden, worüber der Civilrichter entscheidet.

Eine Erörterung der Frage, unter welchen Voraussetzungen, abgesehen von diesen gesetzlich besonders geregelten Fällen, für Eingriffe in die Vermögensrechte durch die öffentliche Gewalt eine Entschädigungspflicht besteht, d. h. eine Erörterung des §. 30 der Verfassungs-Urkunde in seiner Bedeutung für das materielle Recht, gehört nicht hieher. Doch sind hierüber einige Bemer-

kungen insoweit, als diese Frage die Zuständigkeitsgrenzen beeinflußt, anzufügen.

Der §. 30 der Verfassungsurkunde hat neben dem Eigenthum auch die Abtretung „anderer Rechte" erwähnt und hiemit ein Prinzip ausgesprochen, welches die unter b—e aufgeführten gesetzlichen Vorschriften nur auf einzelne besondere Fälle angewendet haben. Man würde jedoch zu weit gehen, wenn man für jeden mit einem Vermögensnachtheil verbundenen, im öffentlichen Interesse gemachten Eingriff in die Privatrechtssphäre in Ermangelung besonderer Vorschriften eine Entschädigungspflicht behaupten wollte. Vielmehr ist umgekehrt jede Entschädigung ausgeschlossen, wo die Entschädigungspflicht nicht ausdrücklich durch das Gesetz vorgeschrieben ist, besteht mithin, abgesehen von den besonderen oben genannten Fällen, nur innerhalb des von dem §. 30 der Verfassungs-Urkunde bezeichneten Kreises.[39]

Nun sind aber außer den unter b—e angeführten Fällen zahlreiche Eingriffe in Vermögensrechte im öffent-

---

[39] Vergl. v. Rönne a. a. O., S. 63. „Niemand kann für Nachtheile, welche ihm durch Regierungshandlungen entstehen, Ersatz fordern, wenn nicht ein besonderes Gesetz eine Ausnahme vorschreibt." Der Fall, wenn für gewisse Leistungen Einzelner im öffentlichen Interesse, wie Quartierlast ꝛc., bestimmte Vergütungen gewährt werden, gehört nicht hieher, weil nicht der volle Ersatz des zugefügten Vermögensnachtheils geleistet werden soll. Wenn Brater a. a. O., S. 53, sagt: in Ermangelung besonderer Normen kommen die allgemeinen privatrechtlichen Grundsätze über Schadenersatz zur Anwendung, so ist hiemit entweder Nichts oder zu viel gesagt. Diese Grundsätze sind eben ausgeschlossen, wo die öffentliche Gewalt in Privatrechte eingreift; denn nach privatrechtlichen Grundsätzen könnte sie überhaupt nicht eingreifen. Wollte aber an Entschädigungsansprüche gegen den einzelnen Beamten gedacht werden, so wäre hiemit eine nicht hieher gehörige Frage hereingezogen. Denn an diesem Orte handelt es sich nicht um die Entschädigung durch einen einzelnen pflichtwidrig handelnden Beamten, sondern um die Entschädigung aus öffentlichen Mitteln.

lichen Interesse denkbar, auf welche die Vorschrift des §. 30 der Verfassungsurkunde keine Anwendung zuläßt. Abgesehen von der Frage, ob auch die Entziehung von Vermögensrechten, die in dem öffentlichen (Genossenschafts)-Rechte ihren Grund haben, z. B. von Allmanden, von Nutzungsrechten an öffentlichem Wasser, durch Flußkorrektionen u. dgl., von Zufahrten auf öffentlichen Wegen, unter den §. 30 der Verfassungsurkunde fällt [40] und ob auf das Wort „Abtretung" ein Gewicht zu legen ist, genügt es, an die Eingriffe der Polizeigewalt im Falle von Gefährdungen der öffentlichen Sicherheit, z. B. die Entfernung oder Reparatur eines baufälligen Hauses und an die zahlreichen Fälle zu erinnern, in welchen der Wasserlauf durch die Anlegung oder Veränderung einer öffentlichen Straße oder die Veränderung öffentlicher Wasserabzugswege (Dohlen, Kandeln 2c.) [41] zum Nachtheile der Anlieger verändert wird. Daß auch in diesen Fällen die Maßregel der öffentlichen Gewalt bei dem Civilrichter nicht angefochten werden kann, ist in zahlreichen Entscheidungen der höchsten Gerichte anerkannt. [42] Dagegen fragt es sich,

---

[40] Vergl. Seuffert, Archiv VI, S. 361, dieses Archiv XII, S. 308.

[41] Dieses Archiv II, S. 238.

[42] Es handelt sich hier nur um Verfügungen und Veränderungen, welche von der öffentlichen Gewalt vermöge der ihr obliegenden Fürsorge für die öffentlichen Interessen, namentlich auch für den öffentlichen Verkehr und die ihm dienenden Sachen vorgenommen werden. Daß hiernach die Fälle, in welchen die benachtheiligende Handlung von einem Einzelnen vorgenommen wird, nicht hierher gehören, da zum Schutz gegen diese die Klagen zur Verfolgung der aus dem Quasidelikt entstandenen besonderen Obligation gegeben sind, ist selbstverständlich. Hiebei kann allerdings, wenn es eine öffentliche Behörde (Eisenbahnbau- oder Gemeindebehörde) ist, welche auf ihrem, dem öffentlichen Gebrauch dienenden Eigenthum eine solche Veränderung vorgenommen hat, zweifelhaft sein, ob sie als einzelne oder vermöge der öffentlichen Gewalt gehandelt hat. Die Rechtsprechung ist hierüber schwankend. In den Fällen bei Seuf-

ob nicht in diesen Fällen dem Benachtheiligten eine Entschädigungsklage zusteht und wer im Streitfalle über die Entschädigungspflicht zu entscheiden habe. Da, wenn der §. 30 der Verf.-Urkunde Anwendung findet, die Entschädigungspflicht feststeht, andernfalls aber ein Entschädigungsanspruch unstatthaft ist, so läßt sich diese Frage auch allgemein dahin fassen, ob der Civilrichter, wenn bei ihm ein Entschädigungsanspruch wegen Verletzung von Vermögensrechten durch die öffentliche Gewalt anhängig gemacht, die Entschädigungspflicht aber bestritten ist, auch über diese zu erkennen habe oder ob seine Zuständigkeit nur auf die Feststellung der Entschädigungssumme beschränkt ist und mithin der Streit über die Entschädigungspflicht einen von den Verwaltungsbehörden zu entscheidenden Präjudicialpunkt bildet. Der Wortlaut der Verfassungsurkunde spricht für das letztere, indem der §. 30 nicht die Entscheidung über die Entschädigung, sondern nur über „die Summe der Entschädigung" an den ordentlichen Richter verweist. Auch ist die von

---

fert, Archiv, Bd. V, S. 34, S. 157, VIII, S. 365, IX, S. 379, X, S. 224, wurde die Zuständigkeit des Civilrichters angenommen. Verneint wurde sie in den Fällen bei Seuffert, Archiv V, S. 62, XVII, S. 146, XIX, S. 414. Württ. Archiv II, S. 295, XII, S. 308; vgl. auch §. 4, S. 63 unten. Von dem Oberappell.-Ger. in Wiesbaden wurde eine Klage auf Herstellung des früheren Zustandes so lange für statthaft erklärt, als die Beklagte „nicht die in den Gesetzen für Eingriffe in Privateigenthum zu öffentlichen Zwecken vorgeschriebenen Bedingungen, also insbesondere die entsprechende Verfügung des Gesammtministeriums beibringe." Seuffert, Archiv, Bd. XVI, S. 138. Unklar ist es, wenn in der eod. Bd. IX, S. 110 mitgetheilten Entscheidung desselben Gerichtes gesagt ist, „wenn der Richter die Ueberzeugung habe, daß der Polizeibeamte die Grenzen seiner Befugnisse überschritten, in Privatrechte eingegriffen habe, habe er den Kompetenz-Konflikt zu erheben." Eine von der Polizeibehörde als solcher und nicht vermöge einer administrativ gerichtlichen Thätigkeit (s. Note 12) erlassene Verfügung kann nicht Anlaß zu einem Kompetenz-Konflikt geben. (Vergl. den Fall in Seuffert, Archiv V, S. 62).

Brater [43] gemachte an sich richtige Bemerkung, daß die Zuerkennung von Entschädigungsansprüchen durch den Richter aus Maßregeln, welche die Staatsverwaltung für rechtmäßig und nothwendig erkannt hat, im Widerspruch mit dem Gesetze deren Erneuerung finanziell erschweren könne, bei der Beurtheilung dieser Frage sehr zu beachten. Gleichwohl wird sich für die Zulassung des Civilrechtsweges zu erklären sein, da über den Entschädigungsanspruch, wie bemerkt, ganz unabhängig von der Frage, ob die Maßregel im öffentlichen Rechte begründet und nothwendig ist, zu entscheiden ist. Auch kann der Richter in den Fällen des §. 30 streng genommen über die Entschädigungssumme nicht entscheiden, ohne auch die Entschädigungspflicht und namentlich deren Umfang zu prüfen. Dieß hat das K. Obertribunal in einer Entscheidung vom 24. Januar 1845, [44] ebenso das O.A.-Gericht zu

---

[43] A. a. O., S. 55. Zu enge faßt Brater diese Frage, wenn er sagt: Wird der Entschädigungsanspruch des Klägers darauf gestützt, daß eine ihm nachtheilige Maßregel im Widerspruch mit den bestehenden Gesetzen vorgenommen worden sei, so ist eine staatsrechtliche Präjudicialfrage gegeben. Hiedurch wird die Sache unnöthig verwickelt. Durch die Ungesetzlichkeit der Maßregel ist der Entschädigungsanspruch nicht bedingt. Nur darf nicht übersehen werden, daß es sich hier nicht um eine Regreßklage an einen schuldhaften Beamten handelt. (Vergl. Note 42.) Hat nämlich der Verletzte den Verwaltungs-Instanzenzug erschöpft, so ist die Gesetzmäßigkeit formell erwiesen. Hat er die Erhebung der Beschwerde unterlassen, so hat er sich der Maßregel freiwillig gefügt und sie ist hiedurch eine gesetzliche geworden. Die Frage ist stets, ob die Maßregel, welche bei Erhebung der Klage feststeht, mag sie von Anfang an anfechtbar gewesen sein oder nicht, eine Entschädigungspflicht der öffentlichen Kasse erzeugt oder nicht.

[44] Seuffert, Archiv IV, 416. „Dagegen ist das richterliche Urtheil darüber nicht ausgeschlossen, ob die bestehende Gesetzgebung Denjenigen, welche durch einen Akt derselben in einem auf privatrechtlichem Titel beruhenden Rechte beeinträchtigt sind oder sich für beeinträchtigt halten, einen Anspruch auf Entschädigung einräume oder nicht, indem Entschädigungsansprüche wegen solcher Rechte, so-

Darmstadt unter dem 25. Oktober 1844 [45] anerkannt. Auch der frühere Herausgeber des Archivs hat in Bemerkungen zu dem einen der obenerwähnten Rechtsfälle, in welchen es sich um die Zulässigkeit der actio aquae pluviae arcendae und der actio negatoria de stillicidio vel flumine gegen eine auf öffentlichem Grund und Boden an öffentlichem Orte gemachte Anlage handelte, sich dahin geäußert, daß, wenn dieß nicht auf dem Wege der Beschwerde gegen die verletzende Maßregel möglich sei, „der Eingriff in die Rechte des Einzelnen durch Entschädigung gut gemacht werden müsse, wobei die Frage: Wie dem Gerichte zuzuweisen sei.“ Nur ist demselben nicht beizustimmen, wenn er für den gegebenen Fall annimmt, „es liege eine Art Expropriation vor, für welche Entschädigung zu leisten sei.“ Aus der Zulassung des Rechtsweges folgt nur, daß der Civilrichter über die Entschädigungspflicht zu erkennen hat. Aber daran ändert dieß nichts, daß er dieselbe nicht bejahen kann, wenn keiner der Fälle vorliegt, in welchen ein ausdrückliches Gesetz die Entschädigung anordnet. [46] Eben hieraus folgt aber, daß, worauf mit

---

weit sie nach positivem Rechte begründet sind, nicht minder als die auf privatrechtlichem Titel beruhenden Rechte selbst nach allgemeinen Grundsätzen sowohl als nach den Bestimmungen der Verfassungs-Urkunde unter dem Schutze des Richters stehe.“ Nicht zu verwechseln mit der Frage über die Entschädigungspflicht ist ein Streit darüber, ob eine Sache, welche für den öffentlichen Gebrauch, z. B. als Straßenplatz in Anspruch genommen wird, sich im Eigenthum des Einzelnen oder der Gemeinde oder des Staats befinde, oder ob dem Einzelnen ein anderes Recht zustehe, dessen Abtretung der Erreichung des öffentlichen Zweckes voranzugehen hätte, das aber bestritten ist. Diese Streitigkeiten sind rein privatrechtliche. Seuffert, Archiv, Bd. IX, S. 210; Kübel, württ. Gerichtsblatt III, S. 297, V, S. 276.

[45] Seuffert, Archiv IX, S. 111.

[46] Eine andere Frage ist, wer die etwa durch eine polizeiliche Maßregel, z. B. die Reparatur eines baufälligen Werkes entstandenen Kosten zu ersetzen hat. Möglicherweise kann nach den Grundsätzen

Recht schon v. Mohl allerdings bis jetzt ohne Erfolg hingewiesen hat, der §. 30 einer Ergänzung durch Spezialgesetze dringend bedarf. Denn aus dem jus eminens des Staates folgt wohl das Recht der Staatsverwaltung, zu Erreichung öffentlicher Zwecke in die Privatrechte einzugreifen, aber nicht, daß der Einzelne dieses Opfer der Gesammtheit zu bringen habe, wobei es an sich keinen Unterschied macht, ob sein Vermögensrecht auf dem Privatrecht oder auf einem Grunde des öffentlichen Rechtes beruht, ob der zugefügte Nachtheil in der Abtretung eines bestimmten Vermögensrechtes oder in einer Einwirkung auf sein Eigenthum besteht, gegen welche er sonst sich civilrechtlich schützen könnte. [47]

Als die Ausführung des §. 30 der Verfassungsurkunde durch ein Spezialgesetz sind hier noch die Bestimmungen des Gesetzes vom 26. März 1862 über Feldwege, Trepp- und Ueberfahrtsrechte zu erwähnen, welche die Abtretung von Grundeigenthum und Wegeservituten zum Zwecke der Ausführung der Feldwegregulirung, sowie die Aufhebung von Trepprechten anordnen. (Art. 18—21, Art. 36 und 37). Diesem Gesetz wird sich das im Entwurf eingebrachte Gesetz über Güter-Zusammenlegung anreihen.

2) Zahlreicher sind die Fälle, in welchen das Ver-

---

der negotiorum gestio diese Frage vor den Civilrichter gebracht werden. Vergl. Seuffert, Archiv IX, 285 und Art. 18 der neuen Bauordnung nach den Beschlüssen der Kammer der Abg.

[47] Nach Einer Seite ist diese Forderung durch den von der Kammer der Abg. bei Berathung der neuen Bauordnung beschlossenen Artikel 9 a erfüllt. Derselbe lautet: Soweit in Folge der Durchführung des in dem Ortsbauplan festgesetzten Straßen-Visirs die Besitzer von Gebäuden, welche schon vor Feststellung jenes Visirs an der richtig zu legenden Straße errichtet waren, in der seitherigen Benützung ihrer Gebäude wesentlich beeinträchtigt werden oder um dieselben sich zu erhalten zu baulichen Aenderungen gezwungen sind, können sie von der Gemeinde den Ersatz ihres Schadens beanspruchen.

mögensrecht, insbesondere auch die Arbeitskraft des Einzelnen durch die Rücksicht auf das öffentliche Interesse an sich beschränkt oder demselben dienstbar gemacht ist, woraus von selbst folgt, daß für diese Eingriffe in die Privatrechts-Sphäre von einer Entschädigung nicht die Rede sein kann.

Jeder hieraus entstehende Streit ist von der Rechtsprechung der Civilgerichte ausgeschlossen.

Die Arbeitskraft des Einzelnen ist der Gesammtheit dienstbar gemacht durch die allgemeine Kriegsdienstpflicht, die Quartierlasten, die Leistungen für Feuerlöschzwecke, Staatsfrohnen, Vorspanndienste, Schneeschäufeln, Straßenreinigung u. s. f. Hieher gehören auch die Dienste zum Zwecke der Besorgung der öffentlichen Angelegenheiten, welche den Einzelnen nicht in Folge eines Dienstvertrages, sondern vermöge einer allgemeinen Bürgerpflicht, durch einseitige Aufrufung hiezu obliegen, wie die Dienste in der Gemeindeverwaltung, die Obliegenheiten der Geschworenen, Schöffen, in Bezirks- und Kreisvertretungen, in Bürgerwachen rc., wenn der Einzelne im Widerspruch mit der Staatsverwaltung bestreitet, hiezu verpflichtet zu sein.[48] Werden diese Leistungen Gegenstand eines Streites, so ist es stets der Einzelne, welcher den Schutz gegen eine angeblich gesetzwidrige Zumuthung der öffentlichen Gewalt anruft und welcher in Wahrheit, wenn dieselbe gesetzwidrig ist, in einem sehr wesentlichen Privatrecht, durch den Kriegsdienst sogar in seiner ganzen persönlichen Existenz bedroht[49] und hiemit verletzt ist. Sehr

[48] Wenn ihm die Fähigkeit hiezu gegen seine Behauptung bestritten wird, so ist nicht ein Vermögensrecht in Frage; diese Fälle fallen daher nicht unter die hier erörterten Ausnahmen, sondern unter die Regel bezüglich der öffentlichen Rechte der zweiten Art. (Oben §. 1, Z. II).

[49] Der Patriotismus und die Pflicht des Patriotismus ändert hieran Nichts. Die Frage ist, ob Jemand rechtlich auch gegen seinen freien Willen verpflichtet ist, mit seinem Leben in allen Fällen, in welchen die bewaffnete Macht aufgeboten wird, einzustehen. (Vergl. folgende Note).

häufig wird der Streit in diesen Fällen die Form der Ausnahme von der Regel der Pflicht zur Dienstleistung annehmen. In der Sache ändert dieß Nichts. Die Gesammtheit ist unzweifelhaft berechtigt, von ihren Gliedern diese persönlichen Leistungen zu beanspruchen, aber zu dem Schutze derselben gegen ungerechte Anforderungen bestehen über die Grenzen jenes Rechtes gesetzliche Vorschriften und jeder Anspruch, welcher im Widerspruch hiemit erhoben wird, ist daher eine Verletzung der Privatrechtssphäre des Individuums, seines Individualrechtes. Ein Streit hierüber kann mithin nur durch die Rechtsprechung erledigt werden. Allein niemals hat man die Civilgerichte für zuständig hiezu erachtet, obwohl sich nicht rechtfertigen läßt, wenn in denjenigen Staaten, welche keine Administrativjustiz kennen, hiemit jeder richterliche Schutz gegen solche Rechtsverletzungen fehlt [50] Ebenso verhält es sich mit den Gegen-

---

[50] Das Nähere hierüber gehört in die Erörterung der Grenze der Verwaltungsjustiz und der Verwaltung. Der Einzelne ist nicht so sehr Accidenz der Substanz des Staates, daß beispielsweise jede Nichtheranziehung zum Kriegsdienst eine Wohlthat wäre, welche ihm gewährt oder nicht gewährt werden kann. Die Kriegsdienstgesetze ordnen die staatsbürgerliche Militärpflicht. Hiebei ist allerdings bezüglich jeder einzelnen Bestimmung die Frage zu unterscheiden, ob sie der Verwaltung die Befugniß verleiht, auf die Geltendmachung derselben zu verzichten, oder ob sie die Pflicht des Einzelnen verneint. Zu der ersten Klasse gehören unzweifelhaft die Befreiungsgründe wegen körperlicher Untüchtigkeit. In diesen Fällen ist der Einzelne verpflichtet, aber das Interesse des Dienstes rechtfertigt es, daß seine Pflicht nicht in Anspruch genommen wird. Wenn aber der Einzelne behauptet, daß bei ihm die gesetzlichen Bedingungen der beanspruchten Leistung im aktiven Heere, der Reserve oder Landwehr an sich nicht zutreffen, so ist die Einreihung in eine dieser Klassen, wenn sie dem Gesetze nicht entspricht, eine Verletzung seiner Persönlichkeit, über welche eine Rechtsprechung ebendeßhalb denkbar und folgerichtig zuzulassen ist. Welche Grenzen der Rechtsprechung gezogen sind, ist hiernach eine Frage der materiellen Gesetzgebung, nicht des Grundsatzes über Kompetenz-Abscheidung der Gerichte und der Verwaltung. Wenn es sich de lege ferenda handelt, wird man

leistungen, welche die öffentlichen Kassen für diese von dem einzelnen Staatsbürger beanspruchten Dienste zu leisten haben. Der Einzelne hat ein Recht auf dieselben, und es muß ihm daher dessen Geltendmachung bei einer richterlichen Behörde offen stehen. Allein darüber ist kein Zweifel, daß diese Behörde nicht das Civilgericht ist.[51]

Es gibt ferner eine große Zahl auch von Vermögensrechten, welche durch die Rücksichten des öffentlichen Interesses an sich beschränkt sind, und nur unter den Voraussetzungen, welche das öffentliche Recht bestimmt, ausgeübt werden können. Die Wahrung dieser Beschränkungen ist eine Polizeisache, wobei entweder die Ausübung durch eine vorangegangene polizeiliche Genehmigung be-

---

sie dahin formuliren können, daß, wo die Militärpflicht an sich bestritten ist, der Streit der Rechtsprechung, wo eine Befreiung von der Pflicht aus Gründen des Dienstes beansprucht ist, der Verwaltung angehört. Auch ist im öffentlichen Interesse die provisorische Vollziehung des Ausspruchs der Militärverwaltungsbehörde zuzulassen. Die württembergischen Kriegsdienstgesetze von 1843 und 1868 hatten hierüber einige zweckmäßige Bestimmungen. (Art. 27 und 28 des Kriegsdienstgesetzes vom 22. Mai 1843, §. 48—60 der Instruktion vom 30. Dez. 1843. Art. 44 des Gesetzes vom 12. März 1868.) In dem jetzt geltenden Reichsgesetze vom 9. Nov. 1867 finden sich keine derartigen Bestimmungen. Die Militärersatz-Instruktion vom 26. März 1868 unterscheidet in §. 78 (Prüfung der Reklamationsanträge) diese prinzipiell verschiedenen Fälle nicht und wenn auch vermöge der ganzen Einrichtung des Ersatzgeschäftes vielleicht ein dringendes praktisches Bedürfniß nicht vorliegt, so ist doch prinzipiell die Forderung dieser Unterscheidung für das deutsche Reich, das die Realisirung des Rechtsstaates werden soll, festzuhalten.

[51] Vergl. Art. 42 und 43 des Gesetzes vom 18. Mai 1864, betreffend die militärische Einquartierung, §. 80 der Instruktion für die Kreisregierungen vom 21. Dez. 1819, §. 12, 13—17, 64, 66 der erneuerten Straßenpolizei-Ordnung für Stuttgart und Ludwigsburg vom 6. August 1811, Erlaß des Ministeriums des Innern vom 4. Mai 1833, betreffend die Verbindlichkeit zu Abräumung des Schnees von den öffentlichen Straßen, Rgbl. von 1833 a, S. 266, Art. 55—58 des Bürgerrechtsgesetzes vom 4. Dez. 1833, Art. 36.

dingt oder der Polizeigewalt die Befugniß eingeräumt ist, gegen eine im Widerspruche mit den bestehenden Vorschriften stehende Ausübung oder Unterlassung repressiv einzuschreiten. Die Repression kann die Strafe sein und gehört in dieser Form nicht hieher. Sie kann aber auch in der unmittelbaren Verhinderung der Ausübung des Rechtes oder in der Vernichtung seiner Aeußerung nöthigenfalls durch Auferlegung eines Schadensersatzes bestehen, in welchen Fällen sie ein unmittelbares Eingreifen in Vermögensrechte ist. Die Regel ist, daß diese Vermögensrechte des Einzelnen nur im Einklang mit den Polizeivorschriften ausgeübt werden können. Eine Ausübung im Widerspruche mit denselben ist an sich unberechtigt, das Recht hört auf, wo ihm die polizeiliche Schranke gegenüber steht. Aber es ist verletzt, wenn die Ausübung im Widerspruch mit seiner gesetzlichen Beschränkung verhindert oder beeinträchtigt wird. Behauptet der Einzelne eine solche Verletzung seines subjektiven Rechtes, so kann der Streit hierüber, obwohl ein Privatrecht in Frage steht, nur nach dem öffentlichen Rechte beurtheilt werden und eignet sich daher nicht vor die Civilgerichte.

Hieher gehören

1) die Fälle, in welchen die gewerbliche Thätigkeit des Einzelnen beschränkt oder an besondere Bedingungen geknüpft ist. [52]

---

[52] Art. 7, 8, 13, 14, 50 der früheren württ. Gewerbeordnung vom 12. Febr. 1862. Ein besonderer Fall ist die für einzelne Arten der Gewerbethätigkeit vorbehaltene Verleihung durch den Staat. In den Fällen des Art. 11 und 16 der Gewerbeordnung wird das subjektive Recht zu einer bestimmten Gewerbethätigkeit erst durch eine Verleihung durch die Staatsgewalt erworben, d. h. das Recht des Einzelnen auf Ausnutzung seiner Arbeitskraft enthält an sich die Befugniß zu dieser bestimmten Thätigkeit nicht. Wenn die Konzession aber ertheilt ist, so besteht ein Recht hierauf; insoweit kann sie mithin Gegenstand der Rechtsprechung werden, welche jedoch nach der ausdrücklichen Bestimmung des Art. 65 der Gewerbeordnung (vergl. Art. 12) keinesfalls vor die Civilgerichte gehört. Die Errichtung

2) Die polizeilichen Beschränkungen der Jagd, der Fischerei, des Weiderechtes, der Waldweide, der Laubstreu-Gerechtigkeit und der Holznutzungen aus Waldungen.

3) Die baupolizeilichen Beschränkungen in der Benützung des Grundeigenthums, wohin auch die Beschränkung des Grundeigenthümers in seinem Rechte, auf Wasser zu graben, gehört. [53]

In der Verneinuug der civilrichterlichen Kompetenz zu Aburtheilung aller Streitigkeiten, welche auf den bezeichneten Gebieten sich bewegen, ist man einig. Wie weit die Administrativrechtsprechung in solchen Streitigkeiten zuzulassen ist, muß hier dahingestellt bleiben. Die bestehende Praxis schließt die Administrativjustiz in Fällen der Ziffer 2 aus, wornach eine Befugniß zur Ausübung dieser Rechte überhaupt nur so weit geht, als sie von der Verwaltung gestattet ist, mit anderen Worten: diese Rechte tragen in sich selbst die Beschränkung, daß sie nur innerhalb der polizeilichen oder forstpolizeilichen Grenzen und Verfügungen ausgeübt werden können. Doch erscheint die

---

von Mühlen bedarf nach Art. 13 der Gewerbeordnung keine gewerbliche Konzession mehr, ist vielmehr auf das Wasserregal zurückzuführen und nach den hieraus sich ergebenden Grundsätzen zu beurtheilen. Dieselben Grundsätze finden sich in der deutschen Gewerbeordnung §. 19—21, §. 54 und §. 16, §. 24, §. 29—31.

[53] Für die an anderem Orte zu erörternde Grenze von Verwaltungsrechtspflege und Verwaltung ist zu untersuchen: 1) ob in dem Grundeigenthum an sich das Recht zu bauen enthalten und dasselbe nur durch baupolizeiliche Vorschriften beschränkt ist oder ob das Recht zu bauen durch die polizeiliche Erlaubniß erst erworben wird. Nach der bisherigen Praxis, welche den Administrativrechtsweg unbedenklich zuläßt, ist das erste anzunehmen. Ebenso hat im Art. 1 der neuen Bauordnung nach den Beschlüssen der Kammer der Abg. dieses Recht die ausdrückliche gesetzliche Bestätigung erhalten. 2) Ob die Nachbarn und Dritte, in deren Interesse die polizeilichen Maßnahmen liegen, ein (subjektives) Recht auf die Handhabung der Bauvorschriften haben, worüber die bisherige Praxis schwankend ist. (Vergl. dieses Archiv XIV, S. 258 u. f. Verh. der Kammer der Abg. 1872, I. Prot.-Bd. S. 1026 u. f).

polizeiliche Einwirkung, wenn Rechte auf fremdem Eigenthum in Frage stehen, nur als das Urtheil bestimmter Sachverständigen darüber, was zu der civilrechtlichen Vorschrift des Gebrauches, servitute civiliter utendum est, erforderlich ist, mit der besonderen Eigenthümlichkeit, daß der Civilrichter hieran gebunden ist. Die Entscheidung der Frage daher, ob der Gebrauch jener Beschränkung unterliegt, (sog. Kulturbeschränkungsbefugniß) ist unzweifelhaft, sofern es sich um ein an sich zu seiner Jurisdiktion geeignetes Recht handelt, Sache des Civilrichters. (Vergl. unten §. 7).

§. 3. II. Die öffentlichen Vermögensrechte.

Die zweite Ausnahme bilden die Vermögensrechte, welche die partielle Verwirklichung der durch das öffentliche Recht geregelten Beziehungen der Einzelnen zu dem Staate, den Korporationen (Gemeinden, Bezirks-, Kreis-, Schul- und Kirchenverbände) und dieser zu einander sind. [54]

Wie den Einzelnen, so stehen auch dem Staate und den vom Staate anerkannten Korporationen vermöge der allgemeinen Rechtsfähigkeit Vermögensrechte zu, welche durchaus privatrechtlicher Natur sind. Der Staat ist als

---

[54] In gewissem Sinne ist die gewöhnliche Bezeichnung dieser Rechte als Vermögensrechte, welche in den öffentlich-rechtlichen Beziehungen ihren Grund haben, richtig. Wenn man unter den „öffentlich-rechtlichen Beziehungen" die Gesammtheit des Genossenschaftsverhältnisses, eine dessen Ausflüsse zusammenfassende Thatsache versteht, so haben diese Rechte hier ihren Grund. Allein sie verhalten sich hiezu nicht wie Ursache und Wirkung, sondern sie sind diese Beziehungen selbst. Es besteht nicht ein solches öffentliches Vermögensrecht, welches nun seinen Grund entweder in dem öffentlichen Rechte oder in einem „Privatrechtstitel" haben könnte, sondern es ist die öffentlich-rechtliche (genossenschaftliche) Beziehung selbst, wie das Wahlrecht, das Bürgerrecht rc. und hört auf, dieses bestimmte Recht zu sein, wenn es nicht mehr eine Realisirung des Genossenschaftsverbandes ist. (Vergl. §. 4).

Träger derselben der Fiskus, (die Staatsfinanzverwaltung) die Korporation juristische Person. Der Schutz dieser privatrechtlichen Seite ihrer Rechtsfähigkeit ist Gegenstand der Rechtsprechung der Civilgerichte. Andererseits erzeugt das öffentliche Recht vermögensrechtliche Ansprüche und Verbindlichkeiten, deren Entstehung und Inhalt in der Beziehung des Einzelnen zum Staat oder einer Korporation oder dieser unter sich ihre Norm findet, und ohne diese Beziehung nicht gedacht werden kann.[55] Dieselben haben von dem Privatrechte die vermögensrechtliche Seite; es steht in dem Streit hierüber stets ein vermögensrechtliches Interesse und ein Vermögenssubjekt dem anderen gegenüber und eine vermeintliche Rechtsverletzung auf diesem Gebiet wird nicht weniger lebhaft empfunden, als der Eingriff des Einzelnen in andere Vermögensrechte. Das öffentliche Vermögensrecht hat mit jedem anderen Privatrecht, welches einen Geldwerth hat, das gemein, daß es unmittelbar auf den Vermögenserwerb gerichtet ist. Allein seine Entstehung, seine Wirkung und seine Erlöschung ist aus dem öffentlichen Rechte, nicht nach den Grundsätzen des Privatrechtes zu beurtheilen. Auf der anderen Seite liegt in jener privatrechtlichen Seite der hieher gehörigen Rechte die Möglichkeit, zum Gegenstand privatrechtlicher Verfügungen zu werden, in welchem Falle nicht sie, aber die an ihre Stelle getretenen privatrechtlichen Ansprüche Gegenstand der Civilrechtsprechung werden, wie dieß auch bezüglich der Expropriationen der Fall ist, sobald der Streit auf das Gebiet der Entschädigung übertritt. Hieraus erklärt sich die Schwierigkeit, in diesen Streitigkeiten die Kompetenzgrenze zu ziehen, welche jedoch

---

[55] Hierin liegt ein entscheidendes Merkmal, welches niemals seinen Dienst versagt. Ein Vermögensrecht, welches auch als die rechtlich geschützte Beziehung der Einzelnen zum Einzelnen gedacht werden kann, ist kein öffentliches Recht und wird es dadurch nicht, daß auf der einen oder anderen Seite oder auf beiden Seiten der Staat oder eine öffentliche Korporation steht.

verschwindet, sobald man sich diese zwei Seiten der in Frage stehenden Rechte klar gemacht hat.

Im Einzelnen sind unter diese Klasse folgende Rechtsverhältnisse zu stellen:

1) Oeffentliche Sachen und Einrichtungen, deren Benützung den Einzelnen ohne besondere Verleihung allgemein oder unter bestimmten Voraussetzungen offen steht, sind die öffentlichen Straßen, (Verkehrswege) die Posten, die Eisenbahnen und Telegraphen, die Aufbewahrungsorte für Hinterlegung von Sachen unter öffentlicher Kontrole (Zoll-, Lagerhäuser, öffentliche Depositenkassen), die kirchlichen Einrichtungen der im Staate anerkannten Kirchengesellschaften, Kirchen, Kapellen u. s. f., die Kirchhöfe, die öffentlichen Bildungsanstalten (Volksschulen, höhere Unterrichtsanstalten, Sammlungen, Bibliotheken), die Stiftungen [56] und vom Staate gegründete Versicherungsanstalten. Hierher gehören auch der sog. Leinpfad und die allgemeinen Nutzungsrechte an den Flüssen: Baden, Waschen, Viehtränken, Wasserschöpfen. [57] Soferne die Theilnahme an

[56] Hier sind nur die öffentlichen Stiftungen für allgemeine Zwecke gemeint. Der Umstand, daß auch andere Stiftungen zu ihrer rechtlichen Existenz der Staatsgenehmigung bedürfen und unter öffentlicher Kontrole verwaltet werden, macht sie nicht zu öffentlichen Stiftungen. Alle Ansprüche bezüglich der Verwaltung und des Genusses der letzteren auf Grund der Stiftungsurkunde und der Familienabstammung von einer bestimmten Person (Familienstiftungen) sind unzweifelhafte Privatrechte ohne jede innere Beziehung auf das öffentliche Recht und die Zuständigkeit der Civilgerichte zur Entscheidung über solche Fälle hätte niemals bestritten werden sollen. Vergl. Sarwey, Monatschrift, Bd. III, S. 177, 320, insbesondere Bd. IV, 193 u. 210. Dieses Archiv, Bd. XII, S. 305. Seuffert, Archiv I, S. 376, IV, S. 413, X, S. 294, XX, S. 288. Weiter gehen die in Seuffert, Archiv Bd. I, S. 114 veröffentlichten Sätze des O.A.G. Mannheim conf. eod. II, S. 266.

[57] Es ist eine Frage des materiellen Rechtes, in wie weit die zum Schutze des allgemeinen Gebrauches von öffentlichen Wegen, Plätzen und Gewässern dienenden römisch-rechtlichen Popularklagen

diesen öffentlichen Sachen und Einrichtungen für den Einzelnen einen Geldwerth nicht hat, ist ein Streit hierüber unzweifelhaft nicht vor dem Civilrichter zu erledigen. Niemals wird Jemand versucht haben, wenn ihm der Besuch einer öffentlichen Gemälde-Gallerie oder eines Gottesdienstes, oder das Baden in einem öffentlichen Fluße verweigert wurde, deßhalb bei dem Civilrichter zu klagen. Sofern aber diese Theilnahme einen Geldwerth hat, liegt in der Verweigerung oder dem Verlangen ihrer Benützung ein Eingriff in die vermögensrechtliche Persönlichkeit. Gleichwohl ist ein Streit über die Befugniß oder die Pflicht des Einzelnen zur Theilnahme an der Benützung dieser Sachen und Anstalten nicht Sache des Civilrichters. Die Frage, ob A. befugt ist, auf einer öffentlichen Straße zu fahren,[58] aus einem öffentlichen Stiftungsvermögen Beiträge zu beanspruchen, eine Eisenbahn, eine Postverbindung, einen Telegraphen zu benützen,[59] ob er befugt oder verpflichtet ist, seine Kinder in eine Schule zu schicken, eine Waare in der Zollstätte zu deponiren, eine

---

(interdictum ne quid in loco publico fiat u. s. f.) noch Geltung haben. Soweit dieß der Fall ist, (vgl. dieses Archiv, Bd. II, S. 300) gehören dieselben vor den Civilrichter als Klagen aus einem Quasidelikt. (Vergl. Sintenis, Civilrecht, I, §. 40, S. 417, 418; Seuffert, Archiv V, S. 32, 155, IX, S. 215, VIII, 365, XVII, S. 147, 388, XIX, S. 365; dieses Archiv, Bd. XII, 301).

[58] Oder ob der Weg ein öffentlicher ist, (vgl. Note 101; Seuffert, Archiv III, S. 174, Bd. IV, S. 145, Bd. XVII, S. 447.) Die Zuständigkeit des Civilrichters wurde bei einem Feldwege angenommen. Seuffert, Archiv, Bd. VII, S. 9; ebenso bei einem Vicinalwege, Bd. V, S. 3, XVII, S. 7. (Vergl. Note 44 und 57).

[59] Vermöge der öffentlich-rechtlichen Bestimmung dieser Einrichtungen besteht ein Recht des Einzelnen auf deren Benützung auch vor seiner Realisirung durch den Vertrag; der Einzelne kann verlangen, sofern die Anstalt hiezu nach den öffentlichen Normen verpflichtet ist, daß zum Zweck seiner Beförderung der entsprechende Vertrag mit ihm abgeschlossen wird. Um dieses Recht allein, nicht um das durch den Vertrag begründete Recht (vgl. §. 4) handelt es sich hier.

Sache in der staatlichen Versicherungsanstalt zu versichern [60] ist unzweifelhaft niemals geeignet, der Entscheidung des Civilrichters unterstellt zu werden.

2) Ein besonderes Rechtsverhältniß besteht bezgl. derjenigen sogenannten öffentlichen Sachen, welche den Gegenstand der nutzbaren Regalien bilden. Es sind dieß nach württembergischem Recht, abgesehen von den besonderen Verhältnissen der Post und der Eisenbahn nur die öffentlichen Gewässer und die im Lande gewonnenen Erze, deren Schmelzung zur Zeit eine ausschließliche Befugniß des Staates ist. Eine Erörterung der Lehre von den Regalien liegt außerhalb unserer Aufgabe. [61] Streitigkeiten über die Rechte an den bezeichneten Gegenständen, insbesondere über deren Ausübung durch Einzelne gehören nicht vor die Civilgerichte. [62]

3) Unmittelbar hieran reihen sich noch gewerbliche Befugnisse der Einzelnen, welche aus Gründen des öffentlichen Rechtes nur durch Verleihung der Staatsgewalt erworben werden können. Solche Rechte kennt das neuere Recht nur wenige. Außer den oben (Note 52) bezeichneten Fällen, in welchen der Betrieb eines Gewerbes die staatliche Genehmigung voraussetzt, gehört hieher nur die durch Patentertheilnng erworbene Berechtigung zur ausschließlichen Ausnutzung einer Erfindung. [63] Ein Streit hierüber, obwohl er die Behauptung des besonderen Rechtser-

---

[60] Ges. vom 14. März 1853, Art. 45.

[61] Ein Jagd- und Salz-Regal besteht jedenfalls in Württemberg nicht mehr. Ueber das erstere vergl. das Jagdgesetz vom 17. August 1849, Art. 1. Das letztere ist durch Art. 1 des Gesetzes vom 26. Nov. 1867, betr. die Erhebung einer Abgabe vom Salz, aufgehoben.

[62] Dieses Archiv, Bd. I, S. 250, 254, 272. Seuffert, Archiv, Bd. IV, S. 410, XI, S. 282.

[63] Gesetz vom 29. Juni 1842, betr. die Erfindungs- und Einführungs-Patente.

werbes selbstverständlich voraussetzt, ist nicht Gegenstand der Civilrechtsprechung.[64]

4) Daß die Ansprüche der Einzelnen an das Gemeindevermögen auf Grund

a) der Eigenschaft eines Gemeindebürgerrechtes oder

b) der Pflicht der Gemeinde zur Armenversorgung[65]

nicht Gegenstand der Civilrechtsprechung sind, ist allgemein anerkannt. Auf mehrere, übrigens nur scheinbare Ausnahmen, namentlich die sogenannten Realgemeinderechte, ist unten zurückzukommen.

5) Bezüglich der vermögensrechtlichen Ansprüche aus dem öffentlichen Dienste sind die Forderungen des öffentlichen Dieners und die Forderungen an denselben zu unterscheiden.

Man kann für die Verneinung der Zuständigkeit des Civilrichters bezüglich der ersten anführen, daß ihr Grund das öffentlich-rechtliche Verhältniß des Amtes ist und daß daher im Falle eines Streites hierüber das öffentliche Recht maßgebend sei. Dieß ist in Württemberg feststehende Praxis.[66] Andererseits ist nicht zu bestreiten, daß diese

---

[64] Doch würde grundsätzlich Nichts hindern, abweichend von den Bestimmungen des ebenerwähnten Gesetzes, die Klage wegen Verletzung des Patentes durch Einzelne an den Civilrichter zu weisen, wie dieß z. B. in Preußen nach der K. Verordnung vom 27. Sept. 1815 der Fall ist. Früher gehörte hieher auch der Schutz gegen Nachdruck, sofern derselbe auf den besonders ertheilten Privilegien beruhe. Nachdem aber der Schutz des geistigen Eigenthums durch die neuere Gesetzgebung zur allgemeinen Anerkennung gelangt ist, war der Ausschluß des Civilrechtsweges bei Streitigkeiten hierüber eine nur geschichtlich erklärbare Anomalie, welche durch das Reichsgesetz vom 11. Juni 1870, §. 26 u. f. beseitigt ist.

[65] Ueber die hieraus entstehenden Ansprüche der Gemeinde auf Wiederersatz der aufgewendeten Kosten s. §. 4, Note 88.

[66] Schäfer, württ. Civilprozeß, S. 65. Die Frage, ob diese Praxis gesetzlichen Boden hat, kann hier dahingestellt bleiben, da der Gegenstand aus Anlaß des in Aussicht stehenden Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege jedenfalls gesetzlich geordnet werden muß.

Ansprüche nicht unmittelbar aus dem öffentlichen Rechte folgen, daß vielmehr der öffentliche Diener nur durch den zwischen ihm und der Gesammtheit abgeschlossenen Anstellungsvertrag [67] einen Anspruch auf die gesetzliche Gegenleistung der letzteren erwirbt, und daß hierüber der Inhalt dieses Vertrages entscheidet, wenn derselbe auch bei den meisten Staatsstellen in den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen seinen Inhalt findet. Aus diesem Grunde steht Nichts im Wege, einen Streit über diese Ansprüche an den Civilrichter zu verweisen. Aus dem Grunde dieser Verweisung ergibt sich jedoch [68] von selbst eine doppelte Beschränkung der civilrichterlichen Kompetenz, sofern

a) nur die aus dem Dienstvertrage oder den durch denselben acceptirten gesetzlichen Vorschriften sich ergebenden vermögensrechtlichen Ansprüche an die öffentliche Kasse, als dem Kontrahenten, also Ansprüche auf Besoldung, Wohnungsgenuß, Pensionsbezüge, Quieszenzgehalte, Reiseentschädigungen vor den Civilrichter verwiesen werden können. Inkonsequent wäre es jedoch, beispielsweise auch einen Streit über den Gebührenbezug eines öffentlichen Dieners gegenüber einer Partei und über seine Theilnahme an solchen Gebühren, wie sie die Gemeinderäthe und Rathschreiber, Notare, Felduntergänger u. s. f. zu beziehen haben, einen Streit über Entschädigung der Schöffen und Geschworenen, der Zeugen und Sachverständigen an den Civilrichter zu verweisen, wenn und soweit diese Ansprüche auf keiner vertragsmäßigen Zusage beruhen.

b) Der Civilrichter kann nur den Vermögensstreit entscheiden, und er hat hiebei eine denselben bedingende Verfügung der Verwaltungsbehörde insoweit, als sie auf

---

[67] Ein Vertrag liegt stets vor, auch wenn er nur stillschweigend durch Bewerbung und Ernennung oder Ernennung und Annahme derselben abgeschlossen ist. Dieß ändert an der besonderen Bedeutung des Anstellungsdekretes Nichts. (Vgl. Zöpfl, Staatsrecht II, S. 780; v. Rönne, a. a. O., §. 291).

[68] Seuffert, Archiv, Bd. VII, S. 222, Bd. XVII, S. 250.

der Straf- oder der Disziplinar-Strafgewalt beruht, unbedingt als maßgebend anzuerkennen.[69]

Ueber die aus dem Dienste entstehenden vermögensrechtlichen Verbindlichkeiten der öffentlichen Diener ist Folgendes zu bemerken:[70]

a) Der öffentliche Diener ist der Gesammtheit, nicht aber dem Einzelnen zur bestimmten Thätigkeit verpflichtet, wenn auch diese Verpflichtung sehr häufig zu ihrem Inhalt die Thätigkeit in Folge des Anrufens des Einzelnen hat. Das Mittel, den öffentlichen Diener zur Pflichter-

[69] Unter öffentlichem Diener ist jeder durch Ernennung oder besonderen Vertrag von dem Staat oder einer öffentlichen Korporation angestellte höhere oder niedere Diener verstanden. Auch der Genuß der Pfründe bei den Kirchendienern gehört hieher, wiewohl dieses Verhältniß seine Eigenthümlichkeit hat. Seuffert, Archiv IX, S. 283. Die Temporaliensperre wird als Disziplinarmaßregel hiedurch selbstverständlich nicht berührt.

[70] Ueber die Haftpflicht des Staates für den durch pflichtwidrige Beamte zugefügten Schaden entscheiden in Württemberg die allgemeinen Rechtsgrundsätze, die bekanntlich bestritten sind. Man wird das geltende Recht kurz dahin feststellen können, daß es keine staatsrechtliche, sondern nur eine privatrechtliche Haftpflicht des Staates (und der öffentlichen Korporationen) für die Handlungen der Beamten gibt, daß der Staat (wie auch die Gemeinde) nur innerhalb der Grenzen des Geschäftsherren für den durch die Beamten verursachten Schaden haftet, wornach von einer Haftpflicht nicht die Rede sein kann, wenn der Beamte nicht als institor, sondern in Ausübung der öffentl. Gewalt (der richterlichen oder polizeilichen) Gewalt gehandelt hat. (Vergl. v. Rönne, a. a. O., §. 304, II, 1, S. 423.) „Der Staat als solcher kann durch Handlungen oder Unterlassungen seiner mit Ausübung der Regierungsgewalt beauftragten Beamten niemals verbindlich gemacht werden.“ In dieser Beschränkung der Entschädigungsansprüche an den Staat kann überhaupt nur der Civilrichter zuständig sein. Eine weitergehende Haftpflicht nimmt Zachariä, 40 Bücher vom Staate I, S. 99 an; ebenso Zöpfl, D. Staatsrecht II, §. 520, welcher nur die Haftpflicht für den durch Justizbeamte zugefügten Schaden ausschließt. Vergl. Seuffert, Archiv I, S 172, II, S. 61, III, S. 275, IV, S. 325, V, 219, 377, 390 u. f., Bd. VII, S. 383.

füllung anzuhalten, ist eben daher nicht die Klage des Einzelnen, sondern die Beschwerde bei der vorgesetzten Dienstbehörde, in zweiter Linie das Straf- und Disziplinar-Strafrecht der Gerichte und der vorgesetzten Dienstbehörde. Eine Verpflichtung des öffentlichen Dieners dem Einzelnen gegenüber tritt nur ein, wenn diesem durch eine Verletzung seiner Dienstpflichten ein Nachtheil zugegangen ist. Wenn und so lange nun dieser Nachtheil durch eine Beschwerde bei der vorgesetzten Dienstbehörde seine Reparatur finden kann, liegt es in der Natur der Sache, daß dieser Weg betreten wird.[71] Wenn aber nach der thatsächlichen Gestaltung der Verhältnisse auf diesem Wege ein Ersatz nicht mehr zu erreichen ist, so fordert das Rechtsprinzip, daß auf anderem Wege das verletzte Recht wieder hergestellt werde. Das Eine Mittel hiezu ist die gerichtliche oder Disziplinarstrafe. Hierin liegt nun zwar die Wiederherstellung des objektiven, nicht aber des subjektiven Rechtes. Diese ist nur möglich, wenn und soweit der Nachtheil durch Schadenersatz ausgeglichen werden kann. Ein Anspruch gegen einen öffentlichen Diener muß hiernach stets die Geltendmachung eines in Geld auszudrückenden Schadenersatzes[72] zu ihrem Gegenstande haben und eignet sich ebendeßhalb ebenso vor den Civilrichter, wie die Entschädigungsansprüche wegen Expropriation. Dieß ist unbedingt nicht nur bei der Syndikatsklage, insbesondere bei der Regreßklage an die Unterpfandsbehörden, sondern auch bei anderen Entschädigungsklagen gegen öffentliche Diener anerkannt. Doch ist hiebei die civilrichterliche Zu-

---

[71] Bezüglich der Syndikatsklage gegen Richter vergl. übrigens Sintenis, Civilrecht II, S. 779; Seuffert, Archiv XIV, S. 226, 232.

[72] Im Falle der Entschädigungsforderung tritt auch der Staat oder die Gemeinde und Korporation gegenüber den Beamten wiederum durchaus in das Verhältniß des Einzelnen als Vermögenssubjekt; Streitigkeiten hierüber gehören also wiederum vor den Civilrichter. (S. lit. b).

ständigkeit in Einer Richtung zu beschränken. Zur rechtlichen Begründung einer solchen Klage gehört die objektive Rechtsverletzung, die Ueberschreitung, der Mißbrauch der Amtsgewalt oder die Unterlassung einer pflichtmäßigen Thätigkeit und die subjektive, der Beweis der Schuld (culpa oder dolus.) Wenn nun der Civilrichter unabhängig auch über das erste dieser Klag-Fundamente gegenüber einem öffentlichen Diener entscheiden würde, welcher innerhalb seiner amtlichen Pflichten gehandelt zu haben behauptet, so würde der Beamte auf eine mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes unvereinbare Weise in die mißliche Lage gesetzt, nicht nach seinem eigenen pflichtmäßigen Ermessen oder nach der Weisung seiner vorgesetzten Dienstbehörde, sondern nach den Weisungen des Civilrichters sein Amt versehen zu müssen. Dieß würde in denjenigen Fällen, in welchen der Beamte zu Vertretung des öffentlichen Interesses berufen ist, mit dem überall sonst über die Zuständigkeitsgrenze entscheidenden Grundsatze im Widerspruche stehen. Man wird daher die Zuständigkeit des Civilgerichtes dahin zu beschränken haben, daß, wenn es sich um die Beurtheilung einer in den Geschäftskreis der Verwaltung gehörigen amtlichen Thätigkeit handelt, ihm ein Urtheil über die objektive Dienstverletzung nicht zusteht, und daß der vorgängige Ausspruch der vorgesetzten Verwaltungsbehörde, welche die gerichtliche Verfolgung des Schadenersatzanspruches an den Beamten für zulässig erklärt, die Bedingung derselben ist.[73]

---

[73] Uebereinstimmend hiemit ist diese Frage in Baden (durch das Gesetz vom 5. Febr. 1851, §. 9 und 10) geordnet. Auch ohne eine gesetzliche Bestimmung hat das badische Oberhofgericht schon früher diesen Grundsatz befolgt. Seuffert, Archiv, Bd. X, Nr. 51 Nicht verlangt hat diese vorgängige Verfügung in einem Falle der lex acquilia, die Juristen-Fakultät in Jena. Seuffert, Archiv XIV, S. 198, 255, ebenso das O.A.G. in Darmstadt, eod. XX S. 66. Für Preußen vgl. v. Rönne a. a. O., I, S. 412—423. Das Obertribunal hat sich für Württemberg in demselben

b) Insoweit als der öffentliche Diener Vermögensverwalter und Rechner ist und die Zufügung eines Vermögensnachtheils durch seine Geschäftsführung in Frage kommt, steht er zu dem Auftraggeber, dem Staate, der Gemeinde oder sonstigen öffentlichen Korporationen in einem durchaus privatrechtlichen Verhältniß und es ist daher ganz folgerichtig, Streitigkeiten hinsichtlich der von den Rechnern und Kassenbeamten geführten Verwaltung an die Civilgerichte zu verweisen.[74] Wenn der Ministerialerlaß vom 3. Jan. 1823, welcher noch geltendes Recht ist, Betretung des Rechtsweges gegen eine von der Rechnungsbehörde erhobene Ersatzforderung nur in denjenigen Fällen zuläßt, in welchen die Entscheidung „wenigstens theilweise nach

Sinne ausgesprochen, (Schäfer, württ. Civilprozeß, S. 87) wobei allerdings nicht ganz klar ist, wie die von demselben gemachte Unterscheidung, ob „eine unzweifelhaft ungesetzliche oder unerlaubte Handlung" in Frage stehe, mit dem Grundsatze selbst vereinbar sein soll. Wenn eine Handlung überhaupt keine Amtshandlung sein kann, (z. B. eine Injurie, eine Unterschlagung, Körperverletzung, außer dem Falle des Fluchtversuches,) so wird der Beamte nicht behaupten, er sei durch sein Amt hiezu befugt oder verpflichtet gewesen. Alsdann kann allerdings der zufällige Umstand, daß sie von einem Beamten während einer Dienstverrichtung begangen ist, den Anspruch nicht zu einem besonders qualifizirten der oben bezeichneten Art machen. Sie wird es aber unbedingt durch die Schutzbehauptung des Dieners, daß er sich zu Begehung der Handlung amtlich berechtigt oder verpflichtet gehalten habe. In diesem Falle kann auch bei der klarsten Sachlage die Forderung der vorgängigen Entscheidung der vorgesetzten Verwaltungsbehörde über das Dasein der Pflichtwidrigkeit nicht in Wegfall kommen, wenn man anders Anspruch auf Folgerichtigkeit macht. Diese Entscheidung ist nicht Beweismittel, sondern ein Theil des Klag-Fundaments. Eine Ausnahme ist nach der Natur der Sache nur bei den den Civilgerichten selbst untergeordneten Gerichtsbeamten in den ihnen zugewiesenen Verwaltungssachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu machen. Seuffert, Archiv, Bd. V, S 388. Allerdings wäre eine gesetzliche Regelung dieser Frage wünschenswerth.

[74] Seuffert, Archiv III, S. 282. (Haftung der Kassenbeamten für Diebstähle).

Grundsätzen des Privatrechtes" erfolgen muß, bei Fällen „der Anwendung des öffentlichen Rechtes" dagegen nur den Administrativ-Rekurs für statthaft erklärt, so ist dieß prinziplos und unklar, wie z. B. auch die preußische Verordnung vom 24. Jan. 1844 die Betretung des Rechtsweges bei diesen Streitigkeiten ganz allgemein zuläßt. [75]

6) Die zahlreichste Klasse von vermögensrechtlichen Ansprüchen, welche nur unter der Voraussetzung eines öffentlich-rechtlichen Verhältnisses zwischen den Berechtigten und Verpflichteten denkbar sind, bilden die öffentlichen Abgaben, diejenigen Leistungen, welche an den Staat oder eine öffentliche Korporation zu dem Zwecke von den Einzelnen zu machen sind, um die Mittel für die Erfüllung der vermöge des öffentlichen Rechtes denselben obliegenden Aufgaben zu gewähren. Da das Vermögen des Staates und der Korporationen ganz denselben Zwecken dient, so ist klar, daß es nicht der Zweck ist, welcher den Unterschied zwischen diesen und den sonstigen vermögensrechtlichen Ansprüchen der genannten juristischen Personen begründet. Mit Recht hat hierauf Bähr [76] hingewiesen: „die ganze Unterscheidung zwischen Staatsgewalt und Fiskus kann nur darauf zurückgeführt werden, daß man damit die verschiedenen Rechtsqualitäten einer und derselben juristischen Persönlichkeit, des Staates bezeichnet." Aber der Unterschied bleibt doch, daß der Staat als Fiskus nur Vermögensrechte haben und erwerben kann, wie jeder Einzelne, wogegen er als öffentliche Gewalt in dem Besteuerungsrecht Vermögensrechte hat, welche der Einzelne nicht hat und nicht haben kann, weil sie ihren Grund in der besonderen Beziehung der öffentlichen Gewalt zu den Einzelnen finden. Ganz ebenso verhält es sich bei den öffentlichen Korporationen. Wohl wird auch anderen Genossenschaften im gewöhnlichen Leben ein „Besteuerungs-

---

[75] v. Rönne a. a. O., S. 412.

[76] A. a. O., S. 55.

recht" gegenüber den Einzelnen zugeschrieben.[77] Allein der Unterschied ist der, daß dieses Besteuerungsrecht auf der freien Dispositionsbefugniß des Einzelnen beruht, vermöge welcher es ihm anheimgegeben war, ob er sich demselben unterwerfen wollte oder nicht. Jede Genossenschaft, welcher anzugehören oder für deren Zwecke beizutragen, die Staatsgesetze den Einzelnen unter gewissen Voraussetzungen verpflichten, übt das Besteuerungsrecht vermöge einer öffentlichen Gewalt, vermöge einer von der Gesammtheit ihr verliehenen, von dem Willen des Einzelnen unabhängigen Befugniß aus. Soweit also die Gesetzgebung (Gesetz oder Gewohnheitsrecht) den Einzelnen oder einzelne Vermögenstheile in dieses Subjektionsverhältniß stellt, insoweit sind die ihm vermöge desselben obliegenden Leistungen öffentlich rechtliche Abgaben und Streitigkeiten hierüber nach dem allgemeinen Grundsatze nicht Sache der Civilrechtsprechung.[78] Welche Leistungen hiernach zu den

---

[77] Das öffentliche Recht ist auf diesem Gebiete zur Zeit im Fluß. So ist das System bezüglich der 3 Kirchen, welche bisher als öffentliche Korporationen von den deutschen Staaten anerkannt waren, mit dem Grundsatz der vollen Unabhängigkeit der staatsbürgerlichen Rechte von dem Bekenntniß in seiner ersten Grundlage aufgegeben. Die Eigenschaft dieser 3 Kirchen als öffentlicher Korporationen ist hiemit in Frage gestellt und müßte mit der Trennung von Staat und Kirche verneint werden. Es rechtfertigt sich nur aus dem bisherigen Verhältniß von Staat und Kirche, wenn die Ansprüche aus diesem Genossenschaftsverhältnisse wie die Ansprüche aus dem jüdischen Kirchenverband als öffentlich-rechtliche der Civilrechtsprechung entzogen sind.

[78] Die Verordnung vom 13. Juni 1823 läßt an Deutlichkeit über den Ausschluß des Civilrechtsweges Nichts zu wünschen übrig. „Die Vollziehung allgemeiner Gesetze über Staatsabgaben, somit das Erkenntniß über Statthaftigkeit der zu diesem Zwecke anzuordnenden Hilfsvollstreckung" steht vorbehältlich „des Rekurses im Verwaltungswege" in der gesetzlichen Instanzenfolge der Verwaltungsbehörde zu (§. 1 u. 2); den Gerichten steht die Befugniß nicht zu, über die Richtigkeit der Anwendung des Verwaltungsgesetzes eine weitere

öffentlichen Abgaben gehören, ist nach dem Rechte des einzelnen Staates zu beurtheilen. In Württemberg sind hierher nicht nur die Staats-, Gemeinde-, Kirchensteuern, die Accise, die Sporteln, sondern auch die obligatorischen Beiträge zu Krankenkassen, welche auf Grund von Gemeindebeschlüssen erhoben werden und die Beiträge zur Versicherung der Gebäude gegen Brandschaden [79] zu zählen. Ebenso gehören hieher die Gegenleistungen der Einzelnen für Benützung der unter Ziff. 1 bezeichneten öffentlichen Sachen und Einrichtungen, Weg- und Brückengelder, Pflastergelder, Wasserzinse, Beiträge zu Unterhaltung der öffentlichen Dohlen, Bürgeraufnahmegebühren, Markt-, Schrannengelder, Beiträge zu den Feuerlösch-Geräthschaften, endlich die Schulgelder für die von dem Staate oder der Gemeinde gegründeten und unterhaltenen Unterrichts-Anstalten. [80]

7) Wenn von öffentlichen Abgaben gesprochen wird, so denkt man zunächst an das Verhältniß, in welchem der Einzelne zu dem Staat und „den anderen publicistischen Genossenschaften" steht und an das hieraus hervorgehende Subjektionsverhältniß, die persönliche Obligirung des Einzelnen. Es ist jedoch dem Staat, der Gemeinde und dem Kreis eigenthümlich, daß sie nicht nur die Personen, sondern auch den Grundbesitz in ein genossenschaftliches Verhältniß setzen, geschichtlich sogar vielfach aus dem genossenschaftlichen Verband des Grundeigenthums erst erwachsen sind. Das „Territorium" und die „Markung" sind publicistische Begriffe, an welche sich wesentliche vermögensrechtliche Folgen knüpfen. Die wichtigste Folge

---

entscheidende Prüfung vorzunehmen (§. 3); die Berufung eines Steuerpflichtigen auf den Rechtsweg gegen die Vollziehung eines allgemeinen Steuergesetzes ist ausgeschlossen (§. 4).

[79] Art. 45 und 46 des Gesetzes vom 14. März 1853, betr. die allgemeine Brandversicherungsanstalt.

[80] Vergl. Art. 14, Abs. 2 des Exekut.-Ges. vom 15. April 1825: „Oeffentliche Schuldigkeiten jeder Art."

hievon ist die Last der Grundsteuer, welche alle in diesem genossenschaftlichen Verband stehenden Grundstücke ohne Rücksicht auf die persönlichen Verhältnisse ihres Besitzers ergreifen. Es ergibt sich hieraus, daß die Frage, ob einem der bezeichneten genossenschaftlichen Verbände ein Grundstück angehört, an und für sich eine vermögensrechtliche Seite hat. Soweit nun ein Streit hierüber bezüglich der Ausdehnung des staatlichen Territoriums entsteht, liegt er außerhalb der Grenzen jeder Rechtsprechung. Diese Frage ist eine internationale. Doch ist eine Rechtsprechung bezüglich der Territorien der zum deutschen Reich gehörigen Staaten denkbar. Der Art. 76 der Reichsverfassung [81] enthält eine Bestimmung, welche wohl auf einen Streit über die Territorialgrenze und die aus der Territorialhoheit folgenden vermögensrechtlichen Ansprüche Anwendung finden kann, indem er vorschreibt, daß Streitigkeiten zwischen verschiedenen Bundesstaaten, sofern dieselben nicht privatrechtlicher Natur und daher von den kompetenten Gerichtsbehörden zu entscheiden sind, auf Anrufen des einen Theils von dem Bundesrath erledigt werden. Es ist hiemit ein Streit über die Territorialgrenzen, auch wenn er sich in der Form einer Steuerforderung, mithin eines vermögensrechtlichen Anspruchs darstellt, dem Civilgerichte entzogen, was durchaus mit der Grundlage im Einklang steht, von welcher unsere Darstellung ausgeht.

Der dingliche, dem persönlichen Gemeindeverband

---

[81] Diese Bestimmung ist insofern für unsere Untersuchung auch von allgemeiner Bedeutung, als hiedurch für alle zum deutschen Reich gehörigen Bundesstaaten der Grundsatz anerkannt ist, daß nur Streitigkeiten privatrechtlicher Natur an die ordentlichen Civilgerichte gehören. Wenn der Artikel auch keine formell bindende Vorschrift für andere Streitigkeiten als die in Art. 76 speziell bezeichneten gibt, so beruht er doch materiell auf der Voraussetzung, daß jener Grundsatz allgemein geltendes Recht sei. Allerdings ist die Frage: welche Streitigkeiten privatrechtlicher Natur sind, nach der Gesetzgebung und der Gerichtspraxis der einzelnen Staaten verschieden zu beantworten.

analoge Genossenschaftsverband der Liegenschaften, das Markungsrecht sodann äußert seine vermögensrechtliche Wirkung wie der Territorialverband vorzüglich in seinem Einfluß auf die Grundsteuerpflicht. Er hat in Württemberg eine besondere Bedeutung durch den Grundsatz, daß die verwilligten Steuern auf die Amtskörperschaften ausgeschrieben und von diesen auf die einzelnen Gemeinden und auf die in keinem Gemeindeverband stehenden Güterbesitzer (seit 1849 die Besitzer von Gütern mit eigenem Markungsrecht) vertheilt werden. Außerdem ist dieser Verband jedoch die Quelle von weiteren vermögensrechtlichen Ansprüchen und Pflichten, welche zum Theil nothwendig, zum Theil wenigstens sehr häufig aus dem Markungsverbande folgen. Es gehört dahin die Pflicht der Unterhaltung der Vicinalstraßen, soweit sie auf der Markung liegen, gewisse Leistungen für die Staatsstraßen innerhalb der Markungsgrenzen, die Unterhaltung der Gemeinde- (Güter)-Wege, das Weide- und Pferchrecht, welches auf den Markungs- oder Gemeindeverband gestützt ist. Daß alle Streitigkeiten über das Markungsrecht, über die Ausdehnung des Markungsverbandes auf einzelne Grundstücke und die bezeichneten hierauf gestützten vermögensrechtlichen Ansprüche, Lasten und Pflichten nicht vor den Civilrichter gehören, ist allgemein anerkannt und findet auch in dem Gesetz vom 18. Mai 1849 über die Ausdehnung des Amts- und Gemeindeverbandes auf sämmtliche Theile des Staatsgebietes insofern eine gesetzliche Bestätigung, als in Art. 14 für einen besonderen, unten zu erörternden Fall die ausnahmsweise Zuständigkeit des Civilrichters ausgesprochen ist. [82]

[82] Ueber das Markungsrecht ist der Aufsatz in Band II. dieses Archivs, S. 119—161, 170—203, über die Weiderechte insbesondere dieses Archiv, Bd. VI, S. 367 u. f., zu vergleichen. In einem im IX. Bande der Zeitschrift für freiwillige Gerichtsbarkeit, S. 80, erschienenen Aufsatze von Regierungsrath Schmidlin ist der Versuch gemacht, die Zuständigkeit des Civilrichters auch bei Streitigkeiten

8) Die Aufgaben des Staates und der öffentlichen Korporationen erfordern zu ihrer Erfüllung einen vermögensrechtlichen Aufwand. Jeder Streit darüber, was zu Erreichung dieser Aufgaben zu geschehen habe, hat daher in der Regel eine vermögensrechtliche Seite. Wenn z. B. von der Aufsichtsbehörde einer Gemeindebehörde die Aufstellung einer größeren Anzahl von Polizeibediensteten zur Pflicht gemacht wird, so liegt hierin die Anforderung eines höheren Aufwandes für die Ortspolizei. Wenn ein

---

über die auf den Markungsverband gestützten Weiderechte zu begründen. Die ganze Ausführung beruht auf der Unterstellung, daß der vermögensrechtliche Charakter das Recht zu einem Privatrechte mache. „Auch die Weide der letzten Form (die auf dem Markungsrechte beruhende Weide), sagt Schmidlin, unterscheidet sich dem inneren Stoffe des Rechtes nach von den anderen nicht, sie hat ganz den vermögensrechtlichen Charakter, sie ist — so zu sagen — innerlich ein Privatrecht und nur äußerlich ein öffentliches Recht, sofern sie nicht einen privatrechtlichen Ursprung soll aufweisen können, sondern das Produkt eines öffentlichen Rechtes sein soll. Eine strenge Doktrin müßte an einer derartigen Zwischenklasse von Rechten Anstoß nehmen. Denn das öffentliche Recht und das Privatrecht sind organisch verschiedenartige, einander entgegengesetzte Gattungen, die keine solche Vermischung dulden." (?) Die obige Ausführung über die auf den öffentlichen Rechtsverhältnissen beruhenden Vermögensrechte dürfte jede weitere Widerlegung dieser Sätze überflüssig machen. Auch der Entwurf eines Weidegesetzes, wie er aus den Berathungen der Kammer der Abgeordneten hervorgegangen ist, weist in Art. 82 die Entscheidung über „Weide- und Pferchrechte, insoweit dieselben auf den Markungs- oder Gemeindeverband gestützt werden," mit Recht und in Uebereinstimmung mit der konstanten Praxis der Gerichte und Verwaltungsbehörden den letzteren zu. Wenn außerhalb der Gemeindemarkung ein Weide- oder Beholzungsrecht sämmtlicher Markungsinhaber in Anspruch genommen wird, so ist dieß allerdings ein Privatrecht; es wird sich ein solches Recht jedoch wohl ausnahmslos nur entweder als Realrecht eines bestimmten Güter-Komplexes oder als durch die juristische Persönlichkeit der Gemeinde vermittelt denken lassen; im letzteren Falle nimmt die Theilnahme der Einzelnen hieran die Natur der bürgerlichen Nutzung an.

Einzelner oder eine Mehrheit von Einzelnen von dem Staate oder der Gemeinde die Errichtung einer Schule, die Erstellung einer Straße, einer Post- oder Eisenbahn-Verbindung verlangt, so liegt hierin stets der Anspruch auf eine vermögensrechtliche Leistung zu einem bestimmten öffentlichen Zwecke. In der Regel kann nun bei solchen Anforderungen, von welcher Seite sie ausgehen mögen, von einer Rechtsprechung aus dem Grunde nicht die Rede sein, weil sie nur die Geltendmachung von Interessen, nicht die Verfolgung subjektiver Rechte sind. Bei denjenigen Einrichtungen, welche aus dem Wesen des Staates von selbst folgen, ohne welche er nicht gedacht werden kann, liegt ein Bedürfniß nicht vor, die Interessen zu subjektiven Rechten zu steigern. Jede Staatsverfassung setzt mit Recht voraus, daß dasjenige, was zu Erfüllung dieser Aufgaben zu geschehen hat, je nach dem wechselnden Bedürfniß der Zeit geschehen werde, und daß die Thatsache, nicht die Rechtsregel hierüber zu entscheiden habe. Es gibt aber zahlreiche Einrichtungen für öffentliche Zwecke, welche nicht so unmittelbar aus dem Begriffe des Staates folgen, daß ihre Ausführung der Thatsache, d. h. der freien Beschluß-fassung der das öffentliche Interesse vertretenden Organe allein überlassen werden könnte. Hierher gehören nament-lich diejenigen Einrichtungen, welche, obwohl an sich in der Aufgabe des Staates enthalten, ganz oder zum Theil im einzelnen Staate eine Obliegenheit der öffentlichen Korporationen sind. Sofern es sich hiebei um vermögens-rechtliche Leistungen handelt, wäre es mit einem geordneten Rechtszustande nicht vereinbar, im Falle eines Streites über die Pflicht zu dieser Leistung und über das Maß derselben lediglich das Interesse des Staates und das Er-messen der Staatsaufsichtsbehörden entscheiden zu lassen. Das öffentliche Recht hat daher die Aufgabe, diese Ver-hältnisse zu ordnen und zu bestimmen, welche dieser Ein-richtungen für öffentliche Zwecke nothwendig sind und

welche öffentliche Kassen den Aufwand derselben zu tragen haben.

Dieß ist in Württemberg für die wichtigsten Einrichtungen geschehen. Die Leistungspflichten für Schulen- und für Armenzwecke, für die öffentlichen Straßen, für Kirchen und Kirchhöfe, für Uferbauten,[83] für militärische Einquartierung und für Vorkehrungen gegen Epidemien, sind zum größeren Theil eingehend geordnet.[84]

Mit der gesetzlichen Regelung dieser Leistungspflichten sind die Interessen zu subjektiven Rechten geworden und es ist im Streitfalle eine Rechtsprechung hierüber möglich. Darüber aber ist kein Zweifel, daß auch diese Streitigkeiten nicht vor den Civilrichter gebracht werden können.

Die Ausnahmen von dem Grundsatze.

§. 4. 1) Die scheinbaren Ausnahmen. Der Privatrechtstitel.

Den sämmtlichen in §. 3, Z. 1—8[85] aufgezählten Vermögensrechten ist es eigenthümlich, daß sie ihren rechtlichen

[83] Ein Streit unter den Anliegern eines öffentlichen Wassers über die Pflicht zur Unterhaltung des Flußufers gehört wohl vor die Civilgerichte, nicht aber, wenn die Gemeinde als Markungsinhaberin oder der Staat vermöge seines Wasserregals wegen eines Flußbaues in Anspruch genommen wird. Vergl. Seuffert, Bd. IX, S. 342, Bd. XVI, S. 253.

[84] Beispielsweise fehlt es in Württemberg noch an einer gesetzlichen Bestimmung darüber, welchen Antheil der Staat an dem Polizeiaufwand der Gemeinden zu tragen hat, wenn sie mit der Ortspolizei auch einen Theil der Landespolizei versieht; ebenso sind die bestehenden Normen über die Staats- und Vicinalstraßen lückenhaft und unbestimmt; es fehlt ferner an gesetzlichen Bestimmungen über die Leistungspflichten der Gemeinden für das Telegraphen-, Post- und Eisenbahnwesen, über die Unterhaltung der Wasserstraßen und den Uferbau, sofern der letztere nicht den Anliegern obliegt; (vgl. Reyscher, württ. Privatrecht, §. 248 Note 6 und 17) über die Kosten der Führung der Civilstandsregister, wo solche nicht von den Geistlichen geführt werden.

[85] Wenn und soweit die Wirkung des öffentlichen Rechtes auf Vermögensrechte in Folge der Kollision mit den öffentlichen In-

Grund in einem öffentlich-rechtlichen Verhältniß haben und deßhalb ein Streit über sie nicht vor den Civilrichter gehört. Als Vermögensrechte jedoch fallen sie wiederum dem Gebiete des Privatrechtes insofern anheim, als sie wie jedes andere Vermögensrecht Gegenstand des Privatverkehrs und der Privat-Disposition werden können. Hieraus erklärt es sich, daß Thatsachen, welche den Erwerb und Verlust von Vermögensrechten nach privatrechtlichen Grundsätzen bedingen, auch auf dem Gebiete der von dem öffentlichen Rechte beeinflußten oder bedingten Vermögensrechte ihre Wirkung äußern können. Diese Thatsachen sind die sogenannten Privatrechtstitel, Vertrag, letztwillige Verfügung, rechtskräftiges Erkenntniß des Civilgerichtes, erwerbende Verjährung.

Hiemit sind übrigens die Fälle, in welchen in einem Streit über die hier in Frage stehenden Vermögensrechte privatrechtliche Grundsätze eingreifen, nicht erschöpft. Ebenso äußern die Grundsätze über Irrthum, dolus, Zahlung, Klagenverjährung, Insolvenz des Schuldners, ihre Wirkung.[86]

---

teressen in Frage steht, also in den in §. 2 lit. B. erörterten Fällen, ist es nicht denkbar, daß sog. Privatrechtstitel das Rechtsverhältniß beeinflußen. Nur auf dem privatrechtlichen Gebiete der Entschädigung können die Privatrechtstitel eine rechtliche Wirkung äußern, sofern diese Entschädigungspflicht im Falle der Entziehung eines öffentlichen Vermögensrechtes (1—8) aus Gründen des öffentlichen Interesses durch das Vorhandensein eines Privatrechtstitels bedingt sein kann. (Vgl. oben §. 2 A.) In der Regel, vielleicht ausnahmslos, liegt alsdann nur eine der in §. 4 erörterten „scheinbaren Ausnahmen" vor, d. h. es ist in Wirklichkeit ein Privatrecht, kein öffentliches Vermögensrecht entzogen. Daß aber diese wesentlichen Unterschiede nicht beachtet wurden, hat häufig zu falschen Resultaten geführt. (Vergl. Note 40, 46, 57).

[86] Auch eine nach Analogie der Grundsätze des Privatrechtes gebildete Provokationsklage ist bezüglich dieser Rechte nicht undenkbar. Daß bezüglich einer solchen die Zuständigkeit des Civilrichters durch die Thatsache bedingt ist, daß sich eines privatrechtlichen, vor den Civilrichter sich eignenden, Anspruches berühmt wurde, hat das Obertribunal ausgesprochen; dieses Archiv XII, S. 408.

Die Ansicht, daß jeder Streit, dessen Entscheidung durch die Würdigung dieser Thatsachen bedingt sei, von selbst Gegenstand der Civilrechtsprechung werde, hat früher zahlreiche Vertreter, namentlich von Seiten der Mitglieder der Civilgerichte gefunden [87] und nicht wenig zur Verwirrung über die Kompetenzgrenzen beigetragen. Man konnte sich natürlich im Falle eines solchen „besonderen Titels" nicht verbergen, daß ein Vermögensrecht in Frage stehe, welches als subjektives Recht denselben Rechtsschutz, wie jedes Privatrecht verlange. Da man sich nun diesen Rechtsschutz nur in der Form der Rechtsprechung der Civilgerichte möglich dachte, so ergab sich hieraus von selbst die Entscheidung für deren Zuständigkeit. Würde die Entwicklung der Verwaltungsrechtsprechung gleichen Schritt mit der Civilrechtsprechung gehalten haben, so hätte man jedoch sofort erkennen müssen, daß man auf diesem Wege in die unlösbarsten Verwicklungen ohne innere und äußere Gründe gerathe und daß das Richtigste ist, an der prinzipiellen Abgrenzung der civilgerichtlichen Kompetenz nach der inneren Natur des im Streit befindlichen subjektiven Rechtes ohne Rücksicht auf diese besonderen Eigenthümlichkeiten der Rechtsvertheidigung festzuhalten, d. h. ohne Ausnahme alle Streitigkeiten über die bezeichneten Rechtsverhältnisse, so lange der Privatrechtstitel das Recht selbst nicht in seinem Wesen ergreift, an die Verwaltungsgerichte zu verweisen.

Die neuere Praxis in Württemberg erkennt dieß auch an, obwohl noch einiges Schwanken bemerkbar ist. [88]

---

[87] Vergl. zum Beweis O.Trib.Rath Sarwey, Monatschrift, Bd. XVII, S. 192—196; Seuffert, Archiv I, S. 113. (Entscheidung des O.A.Gerichts zu Wiesbaden vom 24. Febr. 1838).

[88] S. unten Note 100, 111 u. 112. Namentlich ist dieß anerkannt, wenn eine Gemeinde die Armenunterstützung aus dem Grunde zurückfordert, weil sie hiezu rechtlich nicht verpflichtet war oder aus dem angeblich in dem Genossenschafts-(Gemeinde)verhältniß liegenden Grund der Verpflichtung des Unterstützten zur Ersatzleistung, wenn er Vermögen erwirbt, denselben in Anspruch nimmt. Dieses Archiv Bd. IV, S. 395 ff. Bd. IX, S. 49.

Theilweise aber erklären und rechtfertigen sich diese Abweichungen der Praxis aus zwei Gründen, welche man um so mehr auch vom Standpunkte der legislativen Behandlung aus nicht verwerfen kann, als es sich bei der Grenzabscheidung nach unserer Auffassung der Verwaltungs-Rechtspflege nur um eine Zweckmäßigkeitsfrage handelt. [89]

I. Einmal kann eine Thatsache, wie ein Vertrag oder ein anderer Privatrechtstitel, so ausschließlich die vermögensrechtlichen Wirkungen der in Frage stehenden öffentlich-rechtlichen Verhältnisse bestimmen, daß dieselben im einzelnen Falle jede Beziehung auf das öffentliche Recht verlieren, wie dieß schon oben bei den vermögensrechtlichen Ansprüchen der öffentlichen Diener im Hinblick auf den sie bedingenden Dienstvertrag anerkannt wurde.

Dieß ist

1) dann der Fall, wenn das öffentliche Vermögensrecht an sich durch die rechtliche Folge der Thatsache überhaupt nicht berührt wird, sondern zu demselben ein neues Recht hinzutritt, welches den öffentlich-rechtlichen Anspruch oder die öffentlich-rechtliche Verbindlichkeit in seinen Inhalt als thatsächliche Voraussetzung aufgenommen hat. Im Streitfalle über dieses neue Rechtsverhältniß richtet sich die Zuständigkeit des Gerichts nach dessen Natur, woraus von selbst die Zuständigkeit des Civilrichters folgt. Eine Thatfrage ist es allerdings, ob das neue Recht und die Entscheidung eines Streites über dasselbe das erste in seinem Wesen nicht berührt. Außer Zweifel ist aber, daß dieß niemals der Fall ist, wenn der Streit sich durchaus auf das Rechtsverhältniß zwischen dem ersten und einem neu hinzugetretenen Berechtigten oder Verpflichteten beschränkt. Wenn eine Wasserkraft veräußert wird, so berührt ein Streit zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber über die Giltigkeit des Vertrages das Wasser-

[89] Vergl. erster Artikel in diesem Archiv a. a. O. S. 206 und 207.

nutzungsrecht selbst nicht. Ebenso wenig wird der öffentlich-rechtliche Anspruch berührt, wenn A. für B. die Bezahlung einer Abgabe übernimmt und beide über deren Zahlung streiten, wenn zur Sicherstellung einer öffentlich-rechtlichen Forderung eine Bürgschaft eingegangen, ein Pfandrecht bestellt wird, wenn die Gemeinde die auf einen Gemeindegenossen verwandte Armenunterstützung mit der Mandatsklage oder actio negotiorum gestorum von den alimentationspflichtigen Verwandten desselben ersetzt verlangt, wenn bei der Theilung des Vermögens getrennter Ehegatten ein Streit darüber entsteht, wie die einen Theil des Vermögens bildende bürgerliche Nutzung zu behandeln sei, wenn über die Lokation oder Befriedigung der öffentlich-rechtlichen Schuld eines in Gant gerathenen Schuldners zwischen dem Forderungsberechtigten und dem Kontradiktor gestritten wird.[90]

2) Das öffentliche Vermögensrecht selbst verliert durch Vertrag oder andere privatrechtliche Titel seine öffentlich-rechtliche Natur, wenn durch diese Thatsachen ein neues von den öffentlichen Normen unabhängiges Recht entsteht, welches an die Stelle des ersten oder neben dasselbe, sei es als dessen Ausführung (Dienstvertrag, Beförderungs-Vertrag mit den Verkehrs-Anstalten), sei es als ausnahmsweise Abweichung von der öffentlichen Rechtsnorm tritt, (ausnahmsweise Steuerbefreiungen, Bevorzugung in dem Antheil an bürgerlichen Nutzungen 2c. 2c.)

In diesen Fällen tritt nun die allgemeine Regel, von welcher diese ganze Untersuchung ausgeht (§. 1), wieder in ihr Recht. Die Anerkennung der Zuständigkeit der

---

[90] In allen diesen Fällen läßt sich die Entscheidung über das bestrittene Privatrecht von der Entscheidung eines Streites über das öffentliche Vermögensrecht, auf welches sich jenes bezieht, trennen und es muß, im Falle über beide gestritten wird, getrennt werden, wobei sich der Streit über das letztere als Präjudizialstreit darstellt. (S. unten §. 6 und Seuffert Archiv Bd. V. S. 106.)

Civilgerichte ist keine Ausnahme, sondern die Rückkehr zur Regel.

II. Sodann sind einzelne Leistungspflichten für öffentliche Zwecke in einer Zeit entstanden, in welcher das öffentliche Recht noch unentwickelt war und daher die privatrechtlichen Formen für Begründung öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen gewählt wurden. Wo sich diese Verhältnisse erhalten haben, war es um so natürlicher, daß sie der Rechtsprechung des Civilrichters anheimfielen, als sie in der Zeit ihrer Begründung, in welcher sich kein anderes Organ für die unabhängige Rechtsprechung als das Civilgericht darbot, sich schon als die vereinzelte Steigerung der öffentlichen Interessen zu subjektiven Rechten und Pflichten darstellten. Diese Leistungs-Pflichten sind durch den Grundgedanken, auf dem sie ruhen und den Zweck, für welchen sie begründet wurden, öffentlich-rechtlicher Natur; wegen der Form aber, in welche das Interesse als subjektives Recht gebracht wurde, und als die Ausnahme von dem heutigen öffentlichen Recht ebenso wenig nach den Grundsätzen desselben zu beurtheilen, als andere ausschließlich durch Vertrag geregelte Vermögensverhältnisse. Auch bei Streitigkeiten über diese Gegenstände ist es nur eine scheinbare Ausnahme von dem Grundsatze, wenn für dieselben die Zuständigkeit des Civilrichters anerkannt ist.

Die folgende nähere Untersuchung der konkreten Verhältnisse an der Hand ergangener gerichtlicher Entscheidungen wird den Beweis hiefür liefern, wobei übrigens nicht außer Acht zu lassen ist, daß die Frage, ob eine der bezeichneten Voraussetzungen zutrifft, nicht selten als Thatfrage sich darstellt, deren verschiedene Beurtheilung den Grundsatz selbst nicht berührt. [91]

---

[91] Auf Fälle, welche unter I. 1. oben zu stellen sind, wird hiebei nicht eingegangen, da bei diesen Streitigkeiten die Frage über die Zuständigkeitsgrenze sich von selbst beantwortet und hierüber keine Meinungsverschiedenheit besteht. Seuffert, Archiv Bd. IV, S. 405, 409, insbesondere XII. S. 266. Schäfer, Civilprozeß S. 68.

1) Nutzungsrechte an öffentlichem Wasser, soweit sie nicht Jedermann freistehen, das Flößen, das Haben von Vorrichtungen zur Benützung der Wasserkraft,[92] die Ableitung des Wassers zur Wiesenwässerung können nur durch Verleihung des Staates und die ihr gleichstehende Immemorial-Verjährung erworben werden. Schiffbare und floßbare Flüsse sind jedenfalls öffentliches Wasser. Auch andere beständig fließende Gewässer sind nach württembergischem Rechte öffentliches Wasser, sofern nicht ein Privateigenthum an demselben nachgewiesen wird. Dieß ist eine Thatfrage und nicht allein durch die Stärke und Länge des Baches, seine Bedeutung für den Gebrauch, sondern auch einzelne Besitzhandlungen und das Herkommen bedingt.[93] Die öffentlich-rechtliche Natur der fließenden Gewässer erstreckt sich übrigens nicht auf das vermöge des Nutzungsrechts auf ein Grundstück in Teichen, Röhren, Cisternen oder Gräben gefaßte Wasser.[94] Daß der Civilrichter im Falle eines bei ihm anhängig gemachten Streites über die privatrechtliche Eigenschaft eines Wassers in seinem Ressort zu entscheiden hat, folgt aus dem Grund-

---

Einen Fall der behaupteten theilweisen Abtretung eines Wassernutzungsrechtes betrifft die bei Seuffert XIV, S. 403 mitgetheilte Entscheidung des Obertribunals vom 3. Mai 1861, in welchem sich das Obertribunal für die Zuständigkeit des Civilrichters ausgesprochen hat, da „durch den Vertrag ein neues nicht schon zuvor bestandenes Rechtsverhältniß zwischen den Kontrahenten erst begründet worden sei.“ Einzelne Sätze der Entscheidungsgründe gehen allerdings über die Grenze dieser Fälle hinaus und führen zu der Frage, ob in dem gegebenen Falle nicht die Inkompetenzentscheidungen der Richter I. und II. Instanz folgerichtiger waren.

[92] Wohl auch das Haben von Vorrichtungen zum Baden.

[93] Sarwey, Monatschrift Bd. XVII, S 208. Dieses Archiv I, 263. Bd. II, 314. Bd. IX, S. 58. Bd. XIV, S. 262. Seuffert, Archiv Bd. XIV, S. 344.

[94] Dieses Archiv Bd. X, S. 208. Seuffert, Archiv Bd. XVIII, S. 8.

saꝫe und ist anerkannt.[95] Wenn aber auch die öffentliche Eigenschaft des Wassers feststeht, so schließt dieß die Möglichkeit nicht aus, daß über die Nutzungsrechte der Einzelnen Verträge abgeschlossen werden, und daß zu ihrer Begründung sich hierauf oder auf die Verjährung oder rechtskräftiges Erkenntniß berufen wird. Ueber den Einfluß dieser Thatsachen auf die Zuständigkeit-Frage hat sich die Praxis der württ. Gerichte erst allmählich festgestellt.[96] Noch im XVII. Bande der Monatschrift (a. a. O.) hat der Herausgeber derselben zur Vertheidigung der von einem höheren Gerichte in einem Kompetenz-Konflikte geltend gemachten Gründe für die Bejahung der richterlichen Kompetenz im Falle der Berufung auf Vertrag bemerkt: daß wenn zwei benachbarte Wasserwerksbesitzer nach erlangter Konzession neben mancherlei anderen Versprechungen sich über die Art der Benützung ihres Wasserrechtes in einem Vertrage geeinigt haben, dessen einzelne Bestimmungen sich nicht trennen lassen, vernünftigerweise ein Streitfall hierüber, zumal wenn der Streit lediglich das Privat-Interesse, kein Interesse der Staatsgewalt berühre, die Kompetenz des Civilrichters nicht bestritten werden könne. Ganz im Einklang mit der damaligen Entscheidung des Kompetenz-Konflikts gegen die Ansicht des Gerichts hat jedoch das Obertribunal in späteren Entscheidungen anerkannt, „daß Verträge unter den Konzessionären an der öffentlich-rechtlichen Natur des Gegenstandes und der Zuständigkeit der Behörden nichts ändern, indem auch Verhältnisse des öffentlichen Rechtes, wie des Privat-

[95] Dieses Archiv Bd. IX, S. 56. Würde im Widerspruch hiemit die Verwaltungsstelle sich für die öffentliche Natur des Wassers aussprechen, so wäre ein Kompetenz-Konflikt vorhanden.

[96] Der Grund der Unsicherheit der Kompetenzgrenze in diesen Fällen liegt darin, daß das Wasserregal bald nur als der Ausfluß der Polizeigewalt, der Aufgabe des Staates, die Wassernutzung im öffentlichen Interesse Aller zu regeln, bald als Recht des Staates auf ausschließliche Nutzung der fließenden Wasser aufgefaßt wird. (Vergl. Note 61.)

rechtes Gegenstand [97] einer Uebereinkunft unter den Betheiligten sein können."

Ebenso hat der K. Geheimerath die Zuständigkeit der Civilgerichte in dem über den erwähnten Kompetenz-Konflikt erstatteten Gutachten, sowie in mehreren Streitfällen verneint, in welchen sich auf einen zwischen den Mühlebesitzern abgeschlossenen Vergleich berufen worden war, „da auch das öffentliche Recht die Verträge, sowie das Herkommen und lagerbüchliche Bestimmungen als Entscheidungsquelle kenne und ein an sich dem öffentlichen Rechte angehöriges Verhältniß dadurch, daß dessen Feststellung im Wege des Vergleichs erfolge, nicht in ein privatrechtliches verwandelt werde." [98] Noch weniger als hiernach Verträge zwischen den Konzessionären, auch wenn diese sich ganz innerhalb der Grenzen der Verleihung halten, die Kompetenz des Civilrichters begründen, kann dieselbe nach den vorliegenden Entscheidungen durch Verträge des Nutzungsberechtigten mit der Staatsgewalt über Nutzungsrechte an öffentlichem Wasser begründet werden. Man hat zwar hiebei unterscheiden wollen, „ob von der Staatsgewalt das Recht nach den Normen des öffentlichen Rechtes" oder „kaufsweise, lehensweise ertheilt worden sei, in welch' letzterem Falle ein Streit hierüber vor die Gerichte gehöre." [99] Allein diese Ansicht kann als durch die angeführten Entscheidungen widerlegt bezeichnet werden, da der Grund derselben auch in diesen Fällen gegen die Zuständigkeit des Civilrichters spricht. Sie beruht auf einer Unterscheidung der Rechte des Staates auf das öffentliche Wasser, welche sich nicht nachweisen läßt und mit dem Be-

---

[97] Erkenntniß des Obertribunals vom 23. Mai 1854. Dieses Archiv I, S. 276. Erkenntniß vom 13. Mai 1857. Dieses Archiv II, S. 316.

[98] Sarwey, Monatschrift, a. a. O. S. 203. Entscheidung vom 1. August 1853. Dieses Archiv I, S. 411. Entscheidung vom 19. April 1866. Dieses Archiv Bd. XIV, 266.

[99] Dieses Archiv I, S. 353.

griff des Wasser-Regales, wie er sich thatsächlich entwickelt hat, nicht vereinbar ist.

Die thatsächlichen Verhältnisse der Nutzungsrechte an öffentlichen Gewässern ergeben, daß diese niemals, auch nicht im Falle des Dazwischentretens der sogenannten Privatrechts-Titel, von ihrem Entstehungsgrund, von ihrem rechtlichen Zusammenhang mit dem Wasserregal so losgetrennt werden können, daß sich eine Verweisung an den Civilrichter begründen ließe und will man folgerichtig verfahren, so muß man dieß auch auf alle diejenigen Vorrichtungen ausdehnen, welche im Wasser für die gewerbliche Ausbeute des Wassers bestehen oder errichtet werden.[100]

---

[100] Abweichend hievon erklärte sich das Obertribunal unter dem 10. Novbr. 1854, dieses Archiv Bd. XII, S. 304, für die Zuständigkeit des Civilrichters in einem Streite darüber, ob der beklagte Wasserwerksbesitzer berechtigt sei, an dem in einem öffentlichen Flusse befindlichen Hauptwöhr und Uebereich, an welchem der Kläger Eigenthum zu haben behauptete, Aufsatzbretter anzubringen. In den Gründen findet sich der Satz, daß durch die Eigenschaft eines Gewässers als eines öffentlichen, die Zuständigkeit des Civilrichters zur Entscheidung von Streitigkeiten zwischen Privatpersonen über die Wasserbenützung, soweit die gegenseitigen Ansprüche aus Gründen des Privatrechtes abgeleitet werden, nicht ausgeschlossen sei. In der allgemeinen Fassung würde dieser Satz zu der oben bekämpften Ansicht führen, daß für jeden Streit zwischen zwei Nutzungsberechtigten, in welchem der Staat nicht Parthei ist, die Civilgerichte zuständig seien. Dieß widerspricht den sonstigen Entscheidungen des Obertribunals (vergl. die vorhergehenden Noten). Die Zuständigkeit des Obertribunals konnte nur aus der in den folgenden Sätzen der Gründe ausgesprochenen Annahme folgen, daß das Wöhr sich im Eigenthume des Klägers befinde und die öffentlich-rechtliche Natur des Wassers das Wöhr nicht ergreife. Gegen diese Annahme spricht die obige Erwägung, daß auch solche Einrichtungen in einer so unmittelbaren Beziehung auf die öffentlich-rechtliche Wassernutzung selbst stehen, daß jede Entscheidung über sie in das Nutzungsrecht selbst eingreifen kann, und daß die Zuständigkeit des Civilrichters nicht von dem zufälligen Umstand abhängig gemacht werden kann, ob im einzelnen Falle dieß nicht an-

2) Dieselben Grundsätze, welche hiernach die Rechtsprechung bezüglich der Nutzungsrechte an öffentlichem Wasser festgestellt hat, finden auch auf die übrigen auf der Verleihung durch die Staatsgewalt beruhenden Befugnisse der Einzelnen Anwendung. Ein Streit über die Frage, ob Jemand zur Errichtung oder zum Betriebe einer Apotheke befugt ist, ob die Gerechtigkeit erloschen ist, ob Jemand ein Patent erworben hat, und ob dasselbe von einem Anderen verletzt ist, gehört nicht vor den Civilrichter, wenn sich auch hiefür auf einen Vertrag oder einen anderen Privatrechts-Titel berufen wird. Eine Ausnahme machen auch nicht die dinglichen Berechtigungen dieser Art. Durch ihre Verbindung mit einem Hause werden sie zwar Gegenstand eines Privatrechtes, sofern sie auf jeden Besitzer desselben übergehen. Es kann daher wohl der hierüber abgeschlossene Vertrag Gegenstand der civilrichterlichen Entscheidung werden (oben I. 1); allein sofern die Gewerbe-Berechtigung selbst Gegenstand des Streites ist, steht die Entscheidung nicht bei dem Civilrichter, auch wenn sich

---

zunehmen sei. Folgerichtig ist nur, in allen Fällen, in welchen irgend eine Einwirkung auf das öffentliche Wasser in Frage steht, welche ihren letzten Grund in der staatlichen Verleihung des Wassernutzungsrechts findet, auch wenn derjenige, welcher sie beansprucht oder verneint, sein Recht nicht unmittelbar auf die staatliche Verleihung stützt, die Zuständigkeit der Civilgerichte zu verneinen oder sie in allen Streitigkeiten über die Befugnisse in Beziehung auf die öffentlichen Gewässer mit dem einzigen Vorbehalt zu bejahen, daß die Polizeigewalt (nicht aber der Administrativrichter) im öffentlichen Interesse, wie z. B. bei der Ausübung der Waldweide, der Fischerei u. s. f., ihre Ausübung zu regeln hat. Die Grenze der civilrichterlichen Zuständigkeit liegt im ersten Falle in der Frage, ob nur der Vertrag oder auch seine Wirkung auf das Wassernutzungsrecht den Gegenstand des Streites bildet. In dem erörterten Rechtsfall traf das letztere zu, denn die Aufsatzbretter waren ein Mittel der Wassernutzung. Vergl. dieses Archiv XII, S. 305 und Note 143.

auf einen Vertrag als Grund ihrer Erwerbung berufen wird.[101]

3) Wenn und soweit auch die öffentlichen Sachen und Einrichtungen in ihrer Beziehung zu dem Staat und den öffentlichen Korporationen Theile des Privatvermögens derselben sind und ihre öffentliche Eigenschaft nur vermöge ihrer besonderen Bestimmung für Genossenschaftszwecke begründet wird, ist es rechtlich möglich, daß ihre Benützung unbeschadet ihrer öffentlich-rechtlichen Bestimmung zum Gegenstand des Privatverkehrs wird. Bei einem Theile dieser Einrichtungen, den Posten, Eisenbahnen und Telegraphen, kann der öffentliche Zweck nur im Wege der Benützung durch die Einzelnen auf Grund bestimmter Verträge erreicht werden.

Dasjenige Recht nun, welches hiedurch begründet wird, ist ein anderes, als dasjenige, welches ohne den Privatrechtstitel besteht, auch wenn die Ausübung desselben in beiden Fällen sich nicht unterscheidet. Wenn ein Einzelner behauptet, durch Vertrag ein Recht auf einen bestimmten öffentlichen Weg für sich erworben zu haben, so benützt er diesen Weg, so lange er besteht, nicht anders als alle übrigen Staatsbürger oder Güterbesitzer. Die Verschiedenheit seines Rechtes zeigt sich aber darin, daß er auf das Bestehen desselben einen privatrechtlichen Anspruch hat, welchen die Anderen nicht haben. Die mögliche Einwendung, daß dieses Recht nur so lange eingeräumt sei, als der Weg für die öffentlichen Zwecke bestehe, ändert hieran Nichts. Der Civilrichter hat auch hierüber aus dem Inhalte des Vertrages zu entscheiden.[102]

---

[101] Ebenso wenn auf Grund des Vertrages eines Staates mit einer mediatisirten Standesherrschaft das Recht der Staatsgewalt auf Konzessionsertheilung in irgend einer Weise beschränkt sein soll. Seuffert, Archiv Bd. XV, S. 129.

[102] Ebenso ist der Civilrichter zuständig, wenn über die Grenze eines Weges bei ihm ein Streit anhängig gemacht wird, in welchem gegen die Behauptung der Erwerbung des Eigenthums dasselbe

Wenn vermöge eines Privatrechtstitels das Recht auf einen bestimmten Kirchensitz,[103] auf einen bestimmten Beerdigungsplatz von einem Einzelnen oder einer Familie[104] erworben ist, so ist dieses Recht ein anderes, als das der allgemeinen Benützung. Wenn mit einer Post-, Eisenbahn- oder Telegraphenverwaltung der Beförderungsvertrag durch Lösung der Karte, des Billets oder Zahlung der Gebühr abgeschlossen ist, so ist allgemein anerkannt, daß hiemit beide Theile in ein privatrechtliches Vertragsverhältniß getreten sind, bei welchem die öffentlich-rechtliche Bestimmung der Anstalt vollständig zurücktritt. Dieß wird dadurch nicht geändert, daß den betreffenden Behörden polizeiliche Befugnisse gleichfalls eingeräumt sind. Soweit der Einzelne durch eine Ausübung dieser Befugnisse sich verletzt erachtet, ist die Betretung des Civilrechtsweges ebenso, jedoch nur soweit ausgeschlossen, als bei jedem anderen Eingriff der Polizeigewalt in die Privatrechts-Sphäre.[105] Ebenso verhält es

---

unter Berufung auf die öffentliche Eigenschaft des Weges bestritten wird. (S. oben Note 58, Seuffert, Archiv III, S. 12, XIII, S. 173.) Eine andere Frage ist, ob die öffentlichen Interessen nicht gleichwohl die Herstellung oder die Entziehung des Weges im Wege der Expropriation nothwendig machen. Auch in dem letzten Falle handelt es sich um eine Expropriation, wenn das Recht auf den Weg ein Privatrecht im obigen Sinne ist. Der Art. 35 des Feldweggesetzes vom 26. März 1862 dürfte hierauf keine Anwendung finden.

[103] Seuffert, Archiv XI, S. 415, VI, S. 336, XIII, 95.

[104] Seuffert, Archiv IV, S. 416. Auch eine Gemeinde oder Theilgemeinde kann in der Lage sein, als Einzelner (oben Note 18) Ansprüche an die Benützung eines Kirchhofes als Privatrecht zu erwerben und bei dem Civilrichter zu verfolgen. Ebenso gehört ein Streit über das Eigenthum an Kirchen, Pfarrgebäuden, Kirchhöfen vor den Civilrichter, womit aber über ein öffentliches Benützungsrecht nichts entschieden ist. Nicht ganz klar ist, was hierüber in Seuffert's Archiv a. a. O. gesagt ist.

[105] Allerdings kann es bei einzelnen Handlungen der Eisenbahn-, Post- und Telegraphenbeamten zweifelhaft sein, ob sie vermöge ihrer polizeilichen Gewalt oder als Institoren gehandelt haben.

sich, wenn in Folge des öffentlichen Rechtes (z. B. der Zollgesetze) eine Waare in einen öffentlichen Hinterlegungsraum deponirt wird. Durch die Deposition entsteht ein neues Rechtsverhältniß, welches durchaus unter den Privatrechtsnormen steht.[106] In wie weit der Staat hiebei für seine Beamten haftet, ist eine Frage des materiellen Rechtes. (Vgl. oben Note 70).

In allen diesen Fällen mit einziger Ausnahme der öffentlichen Versicherungsanstalten (s. unten §. 5, Ziff. 2) ist die Zuständigkeit des Civilrichters anerkannt.[107] Nur findet man häufig die ungenaue Darstellung, als ob der Streit über ein Vermögensrecht dieser Art, obwohl an sich öffentlich-rechtlicher Natur, vermöge der Berufung auf einen sogenannten Privatrechtstitel sich ausnahmsweise zur civilrichterlichen Zuständigkeit eignen würde. Das Richtige ist, daß in diesen Fällen in Folge der behaupteten, einen Privatrechtstitel begründenden Thatsachen das subjektive Recht seinem inneren Wesen nach von jeder Beziehung auf das öffentliche Recht abgelöst ist und sich als reines Privatrecht darstellt.

---

[106] Das Obertribunal hat allerdings in einer Entscheidung vom 15. April 1856 (Seuffert, Archiv, Bd. XI, S. 131) die Unzuständigkeit des Civilrichters bezüglich des Entschädigungsanspruches gegen eine Zollbehörde wegen unmöglich gewordener Herausgabe niedergelegter Waaren ausgesprochen; diese Entscheidung, wie sie hiernach prinzipiell nicht zu rechtfertigen sein dürfte, steht im Widerspruch mit den Entscheidungen in anderen Staaten. (Vgl. Seuffert a. a. O., S. 133).

[107] Bezüglich der Eisenbahnen, Posten und Telegraphen vgl. §. 6 der K. V.O. vom 17. Juli 1851, betr. die Errichtung einer Centralbehörde (Schäfer, württ. Civilprozeß, S. 66); bezüglich der Kirchenstühle und Begräbnißplätze, vgl. §. 5 der K. V.O. vom 23. August 1825 über den Wirkungskreis der gemeinschaftlichen Oberämter, wornach zu demselben gehört: 4) die außergerichtliche Entscheidung von Streitigkeiten über Kirchenstühle und Begräbnißplätze," eine allerdings mehrfacher Deutung fähige Vorschrift. Seuffert, Archiv IV, S. 416.

4) Dasselbe tritt ein, wenn Ansprüche Einzelner bezüglich des Gemeindevermögens verfolgt werden, welche nicht an sich aus dem Gemeindebürgerrecht folgen. Solche Ansprüche können nur durch Vertrag und die demselben gleichstehenden Titel erworben werden. Zwar können Vertrag und Herkommen auch innerhalb der durch das Bürgerrecht an sich begründeten Rechtssphäre wirken. Wenn aber das besondere durch Privatrechtstitel erworbene Recht an die Stelle des Rechtes aus dem Gemeindeverband tritt, erscheint der Anspruch als gänzlich abgelöst von dem öffentlichen Rechte. Das Kriterium hiefür ist stets, ob eine die Person, das berechtigte Gut oder die Familie bevorzugende Abweichung von der Regel, von dem Rechte aller Gemeindebürger in Frage steht. Dieß gilt nicht nur, wenn es sich um periodisch wiederkehrende Nutzungen an dem Gemeindevermögen (Holz- und andere Waldnutzungen) handelt, sondern auch bei anderen Theilungen des Gemeindevermögens (z. B. Allmand-Genuß). [108]

Hierher gehören die sogenannten Realgemeinderechte. In allen Streitigkeiten über diese besonders gearteten Ansprüche an das Gemeindevermögen ist das Civilgericht zuständig. Zwar ist in dem bekannten Erlaß des Civilsenates eines Gerichtshofes vom 11. Jan. [109] bemerkt, es werde im einzelnen Falle immer auf die besondere Beschaffenheit desselben bei der Frage über die privatrechtliche Natur der (Real)- Gemeinderechte ankommen. Allein dieser Vorbehalt wird zur Zeit keine praktische Bedeutung mehr haben.

---

[108] Bürgerrechtsgesetz von 1833, Art. 50 und 51; Sarwey, Monatschrift, Bd. X, S. 277; v. Schäfer, Civilprozeß, S. 63; Seuffert, Archiv IV, S. 409. Nachdem das Bürgerrechtsgesetz ausgesprochen hat, daß zur Theilnahme an den persönlichen Gemeindenutzungen alle Aktivbürger in gleichem Maße berechtigt sind, ist ein exceptioneller Anspruch eines Einzelnen eben nur als Privatrecht denkbar.

[109] Abgedruckt in Sarwey, Monatschrift X, S. 277. (Vgl. ebendaselbst I, S. 498).

Ob es früher Verbindungen von Grundbesitzern innerhalb der Gemeinde gegeben hat, welchen eine öffentlich-rechtliche Eigenschaft nach Entwicklung des heutigen Gemeindebegriffes erhalten wurde, kann hier dahingestellt bleiben. Jedenfalls werden diese Verbindungen längst in die Gemeinde des Bürgerrechtsgesetzes [110] sich aufgelöst haben und die heute noch bestehenden Realgemeinderechte unbedingt und ausnahmslos als Privatrechte bezeichnet werden können, welche nur durch den Gegenstand, auf welchen sie sich beziehen, eine Verbindung mit der Gemeinde haben. [111]

5) Da nicht der Zweck und nicht der Gegenstand des Anspruches, sondern der Rechtsgrund, d. h. die aus dem Subjektions- (Genossenschafts)- Verhältniß des Einzelnen folgende Pflicht zur Theilnahme an dem öffentlichen Aufwand in Form von Geldleistungen die Natur einer vermögensrechtlichen Leistung als öffentlicher Abgabe bestimmt, so ändert ein Vertrag und ein anderer Privatrechtstitel an der öffentlich-rechtlichen Natur einer Leistung und eines Streites hierüber Nichts, wenn diese Thatsachen jene Pflicht selbst nicht berühren. Wenn und so lange ein Streit über eine öffentliche Abgabe sich auf dem Boden der allgemeinen Abgabenpflicht bewegt, ist derselbe ein öffentlich-rechtlicher. Es muß daher als eine Prinziplosigkeit bezeichnet werden, wenn nicht selten die Zuständigkeit der Civilgerichte bei Streitigkeiten über öffentliche Abgaben, welche von der Beurtheilnng von Thatsachen in einer auf dem Gebiete des Privatrechtes anerkannten Wirkung abhängen, ausnahmsweise als vor die Civilgerichte geeignet behandelt

---

[110] Vergl. Bürgerrechtsgesetz von 1833, Art. 1 und Art. 51.

[111] Dieß sollte auch wenn es sich um Leistungen der Gemeinderechtsbesitzer für öffentliche Zwecke, z. B. Wegbaulasten handelt, anerkannt werden. Die Verfügungen der Verwaltungsbehörden sollten nur an die nach dem öffentlichen Rechte hiezu verpflichtete politische Gemeinde gehen und dieser überlassen bleiben, ihre Ansprüche auf dem Civilrechtswege gegen die Gemeinderechtsbesitzer zu verfolgen. In der Praxis wird dieß allerdings häufig anders gehalten.

werden.[112] Auch die Rückforderung einer einzelnen, angeblich ohne Rechtsgrund bezahlten öffentlichen Abgabe gehört nicht vor den Civilrichter und die Verweisung an denselben, wie sie das Oberhofgericht in Mannheim und das O.A.Gericht in Kassel angenommen hat,[113] würde konsequenterweise dahin führen, daß überall, wo das Gericht die Berufung auf privatrechtliche Grundsätze für seine Entscheidung nöthig hat, dieselbe dem Civilrichter überlassen werden müßte, so namentlich in dem Falle, wenn die Einrede der Zahlung, des Erlasses, der Verjährung in Frage steht. Das Unrichtige in den Gründen jener Entscheidungen dürfte einleuchten, wenn man sich klar macht, daß der Gegenstand der Rückforderung nicht eine Geldsumme überhaupt, sondern eine öffentliche Abgabe ist und ebenso wie

---

[112] Ganz bezeichnend ist, wenn **Brater** a. a. O., S. 34, hiegegen bemerkt: „die genannten Rechtstitel haben dann die Eigenschaft von Staatsrechts-, nicht von Privatrechtstiteln." Uebereinstimmend hiemit hat sich das Obertribunal durch Entscheidung vom 10. Okt. 1846 ausgesprochen: „Wenn die Steuerbehörde dem Steuerpflichtigen einen Nachlaß an seiner Schuld oder eine Borgfrist bewilligt oder statt einer Naturalleistung eine Leistung an Geld sich bedingt, so hört die Verbindlichkeit deßhalb nicht auf, eine öffentlich-rechtliche zu sein." **Seuffert**, Archiv IV, S. 405. In Preußen sind dagegen durch das Gesetz vom 24. Mai 1861, betr. die Erweiterung des Rechtsweges, diese Fälle an das Civilgericht verwiesen. Folgerichtig hätte man einen Schritt weiter gehen und mit dem Vorbehalt der vorläufigen Beitreibung einer bestrittenen Abgabe jeden Streit über eine solche an den Civilrichter verweisen sollen; denn wenn der Richter darüber entscheiden kann, ob eine Abgabe mit liberirender Wirkung bezahlt ist, so muß er auch darüber entscheiden können, ob sie mit Recht gefordert ist. Die Folge der Inkompetenz der Gerichte ist übrigens nicht nothwendig der Mangel eines Rechtsschutzes. In Württemberg entscheidet hierüber in letzter Instanz der Geheimerath als Richter. Es besteht sonach ein weitergehender Rechtsschutz als in Preußen, was allerdings Diejenigen, welche mit dem Ausschluß des Civilrechtsweges, wie in Preußen der Fall ist, jeden Rechtsschutz für verneint halten, häufig übersehen.

[113] **Seuffert**, Archiv, Bd. XI, S. 130, Bd. XV, S. 253.

die Zahlung dieser Geldsumme, auch die Rückforderung nicht ohne das Genossenschaftsverhältniß denkbar ist. Es wird, wie vermöge des Genossenschaftsverhältnisses gezahlt wurde, auch vermöge desselben nach den für das Genossenschaftsverhältniß geltenden Rechtsnormen zurückgefordert. Das Klage-Fundament bildet die Behauptnng, eine öffentliche Abgabe bezahlt, eine Pflicht aus dem Genossenschaftsverhältniß erfüllt zu haben, während nach den über das Dasein und das Erlöschen dieser Pflicht geltenden Grundsätzen eine Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht mehr bestanden habe. Hierüber läßt sich ohne eine Prüfung dieser Verbindlichkeit nicht urtheilen und die Aufgabe der rechtsprechenden Behörde ist in Wahrheit dieselbe, als wenn vor der Zahlung die Zahlungspflicht bestritten ist. Begründen läßt sich die Zuständigkeit des Civilrichters nur in dem Falle, wenn der Einzelne behauptet, auf Grund eines besonderen Titels vermöge einer Ausnahme von dem öffentlichen Rechte die Freiheit von der Abgabenpflicht erworben zu haben. In diesem Falle bestreitet der Einzelne die Pflicht zur Abgaben-Entrichtung vermöge eines *ihm* zustehenden Vermögensrechtes, vermöge der *erworbenen Steuerfreiheit*. Er bestreitet nicht das Recht der Steuerkasse an sich, die Abgabe zu fordern, sondern er behauptet, ein *neues* in seiner Person begründetes *Recht*, die Abgabe nicht zu zahlen.[114] Es liegt hierin die Ausscheidung aus dem Genossenschaftsverband in einem auf diese besondere Wirkung desselben beschränkten Umfang.

---

[114] Dieß zeigt sich ganz klar darin, daß ein solcher Vertrag nach der Natur der Verträge nur gegenüber dem Kontrahenten wirken kann. In dem bei *Seuffert*, Archiv VIII, S. 237 mitgetheilten Falle wurde die Abweisung einer Klage der israelitischen Gemeinde in W. auf Steuerfreiheit vermöge eines Vertrages mit der dortigen Christengemeinde unter Anderem damit begründet, daß „sie die etwa aus diesem Vertrage erworbenen Rechte nur gegen ihre Mitpaciszenten geltend machen könne, nicht gegen die landesherrliche Behörde."

Wie dieses Recht der Steuerfreiheit ebendeßhalb nur durch eine zu Begründung von Privatrechten geeignete Thatsache erworben werden kann, so ist dasselbe nach seinem inneren Wesen ein Privatrecht. Es ist nicht die Wirkung eines Privatrechtstitels auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes, sondern die Natur des Rechtes selbst, welche die Zuständigkeit des Civilrichters begründet. Eben hierin liegt der Unterschied von dem Fall, wenn z. B. die einzelne Leistung durch Vertrag erlassen ist. Dieser Erlaß, auch wenn er zuvor und auf eine längere oder kürzere Zeit gewährt ist, wirkt nur innerhalb des öffentlich-rechtlichen Verhältnisses. Er setzt aber dasselbe als bestehend voraus, während in dem Falle der Steuerbefreiung dasselbe verneint ist.[115] Da übrigens in Württemberg seit dem Gesetze vom 13. Dez. 1812 und §. 21 der Verf.-Urkunde keine Befreiungen von der Staatssteuer, nach dem Gesetze vom 18. Juni 1849, betr. die Ausdehnung des Amts- und Gemeindeverbands auf alle Theile des Staatsgebietes, Art. 20 keine bleibenden Befreiungen von Amts- und Gemeindeanlagen gesetzlich mehr zulässig sind, so hat diese Frage nur wegen der Entschädigungsansprüche für die Aufhebung früherer Steuerbefreiungen Bedeutung. Hierüber bestimmt die V.O. vom 14. Juni 1823 bezüglich der direkten und indirekten Staatsabgaben, daß die Betretung des Rechtsweges wegen entgangener Steuerfreiheit unter allen Umständen unzulässig sei und die Gerichte jede hier-

---

[115] Abweichend hievon hat das O.A.Gericht in Wiesbaden die civilgerichtliche Kompetenz in allen Fällen des Nachlasses einer Steuerschuld durch das Staatsoberhaupt selbst oder die zuständige Behörde angenommen. Seuffert, Archiv I, S. 113. Wenn die Steuerfreiheit durch Privilegium des Landesherrn verliehen wurde, dürfte zu unterscheiden sein, ob dieses Privilegium ein Landesgesetz, ein Steuergesetz oder vermögensrechtlicher Vertrag ist. Im ersten Fall liegt die im Texte angenommene Ausnahme nicht vor. Abweichend hievon ist die zweite bei Seuffert a. a. O. mitgetheilte Entscheidung des O.A.G. in Wiesbaden.

über angebrachte Klage sofort zurückzuweisen haben. Dagegen haben nach Art. 14 über das Vorhandensein einer den Gemeinden und Amtskörperschaften gegenüber durch privatrechtlichen Titel erworbenen Steuerbefreiung im Streitfalle die ordentlichen Gerichte zu entscheiden.

Von selbst versteht es sich endlich, daß ein Streit über eine Leistung, welche von einem nicht zur Erhebung öffentlicher Abgaben an sich befugten Kläger gefordert wird, niemals sich als Streit über ein öffentliches Recht darstellt. Daß ein auswärtiger Staat und eine auswärtige Korporation, im Falle der Verfolgung einer Steuerforderung im Inlande, eine öffentlich-rechtliche Leistung verlangt und ein Streit hierüber deßhalb nicht vor die Gerichte [116] gehört, *ist* zwar in Uebereinstimmung mit einer Entscheidung des Obertribunals anzuerkennen. Wenn aber z. B. eine Standesherrschaft, welche in früherer Zeit vermöge der Landeshoheit das Besteuerungsrecht hatte, hieraus noch nach ihrer Mediatisirung und nach dem Verluste des hiemit aufgehobenen Besteuerungsrechtes eine früher unter dem Titel der öffentlichen Abgabe erhobene Leistung forderte, so kann sie ihren Anspruch nur bei dem Civilrichter verfolgen, weil derselbe jedenfalls mit der Mediatisirung aufgehört hat, öffentlich-rechtlicher Natur zu sein. Ein solcher Anspruch ist überhaupt nur als Privatrecht rechtlich denkbar. [117] Auch die Rückforderung einer unter dem Titel einer öffentlichen Abgabe an eine Standesherrschaft nach ihrer Mediatisirung entrichteten Leistung dürfte ebendeßhalb jedenfalls an den Civilrichter zu verweisen sein. Dieß hat

---

[116] Seuffert, Archiv IX, S. 279.

[117] Würde die Standesherrschaft ein fortdauerndes Recht der Erhebung öffentlicher Abgaben geltend machen, so wäre ein Streit hierüber allerdings nicht vor das Civilgericht geeignet. Allein es wäre hierauf die einfache Antwort zu geben, ein solches Recht ist unmöglich. Es war nur denkbar, solange einzelne Grundbesitzer noch obrigkeitliche Rechte, wie die Patrimonialgerichtsbarkeit, ausübten und soweit die öffentlich-rechtliche Forderung hiemit zusammenhing.

das Obertribunal wenigstens in einem Falle ausgesprochen, in welchem die klägerischen Grundholden Ersatz einer angeblich ohne Rechtsgrund bezahlten sog. Ordinari- und Extraordinaristeuer mit der Behauptung gefordert hatten, daß sie diese Abgaben in der irrigen Meinung, sie seien Grundabgaben und die Standesherrschaft zu deren Bezug berechtigt, geleistet hätten.[118] Begründet wurde die Zuständigkeit des Civilrichters allerdings damit, daß über die Zuständigkeit die Klagebegründung entscheide und daß diese die Behauptung einer irrthümlichen Erfüllung einer privatrechtlichen Verbindlichkeit enthalte. Allein auch wenn die Kläger nicht behauptet hätten, in der Meinung eine privatrechtliche Grundabgabe zu leisten gewesen zu sein, sondern irrthümlich ohne Rechtspflicht eine Steuer an die nicht mehr zum Bezug von Steuern berechtigte Standesherrschaft entrichtet zu haben, wäre das Civilgericht zuständig gewesen.

5) Ein Streit darüber, ob einer Grundfläche ein Markungsrecht zustehe, oder ob ein Grundstück einem bestimmten Markungsverbande zugehöre, ist stets, auch wenn sich hiebei auf Vertrag oder Verjährung berufen wird, der Streit über ein öffentliches Recht, und nicht zur Entscheidung der Civilgerichte geeignet.[119] Wohl aber können bezüglich der auf dem Markungsverband beruhenden Rechte und Pflichten durch Vertrag und die denselben gleichstehen-

---

[118] Seuffert, Archiv IV, S. 411.

[119] Dieses Archiv Bd. II, S. 137, 142, 143, insbes. S. 148 (Note). Eine andere Ansicht hatte das OAG. in Kassel. Seuffert, Archiv Bd. V, S. 281, vgl. hiegegen dieses Archiv a. a. O. S. 143 in der Note. Ein Streit über die Eigenthumsgrenze der Gemeindegüter, welcher unzweifelhaft eine Privatrechtssache ist, kann wohl präjudiziell für die Markungsgrenze sein; allein der Streit selbst ist wesentlich von dem Streit über die Markungsgrenze zu unterscheiden, wie umgekehrt der Markungsstreit präjudiziell für Ansprüche sein kann, die, wie die Frage über Ablösbarkeit einer Schafweide nach dem Schäfereigesetz an den Civilrichter gewiesen sind. Dieses Archiv a. a. O. S. 146.

den Titel Ansprüche und Verbindlichkeiten begründet werden, welche als außerhalb des öffentlichen Rechtes liegend, privatrechtlicher Natur sind. Außer den schon erwähnten Fällen der vertragsmäßigen Einräumung des Rechtes auf einen öffentlichen Weg und der vertragsmäßigen Einräumung der Steuerfreiheit kann namentlich das öffentliche Weiderecht durch Vertrag oder andere Titel eine Ausdehnung oder Beschränkung erhalten, welche nur als Privatrecht denkbar ist, z. B. durch den Vorbehalt eines Uebertriebsrechtes der Gemeinde auf einer aus dem bisherigen Markungsverband ausgeschiedenen Fläche oder durch die ausnahmsweise Befreiung eines Grundstückes von dem öffentlichen Weiderecht. Daß im ersten Falle die Gerichte zuständig sind, hat der Geh. Rath ausgesprochen. [120] Auch im letzteren Falle würde das Recht des ausgenommenen Grundstückes sich nur als ein das öffentliche Recht der Gemeindeweide beschränkendes Privatrecht denken lassen und folgerichtig seine Geltendmachung vor den Civilrichter gehören.

6) Abweichend von der Regel, daß über die Pflicht zu Leistungen für öffentliche Zwecke nicht die Civilgerichte entscheiden, ist eine ganze Klasse von Streitigkeiten über solche Leistungen unzweifelhaft und nach einer konstanten Praxis an die Civilgerichte gewiesen. Es sind dieß die Leistungen für die bauliche Unterhaltung und Herstellung der Kirchen-, Pfarr- und Schulgebäude, auch der Kirchhöfe, die Besoldungen von Geistlichen und Lehrern, soweit dieselben, wie man dieß gewöhnlich ausdrückt, auf privatrechtlichen Gründen (auf Privatrechtstiteln) beruhen. Es ist hierüber eine so eingehende und erschöpfende Darstellung der gegenwärtigen Praxis aus der Feder des Herrn Mitherausgebers im II. Bande dieses Archivs (S. 1—42) veröffentlicht, daß jedes weitere Eingehen hierauf nur eine Wiederholung sein könnte. Doch mag es gestattet sein,

[120] Dieses Archiv Bd. VI, S. 392 und 393.

von dem Standpunkte der gegenwärtigen Untersuchung aus noch einige allgemeine Bemerkungen anzufügen, welche den Zweck haben, die bezüglich der bezeichneten Leistungen befolgte Praxis auch für die andern Leistungen für öffentliche Zwecke, für die Armenunterstützung, für die öffentlichen Wege u. s. f. festzustellen und auf das Prinzip, auf welchem diese ganze Untersuchung beruht, zurückzuführen.

Nicht jede Leistung zu öffentlichen Zwecken ist von selbst der Ausfluß einer öffentlich-rechtlichen Verbindlichkeit. Einmal gibt es zahlreiche Leistungen zu öffentlichen Zwecken, welche überhaupt res merae facultatis sind, weil sie vermöge der allgemeinen Aufgabe des Staats oder öffentlicher Korporationen, oder von Einzelnen aus freiem Ermessen, in Erfüllung sittlicher Forderungen gemacht werden. Sodann aber sind auch Leistungen zu öffentlichen Zwecken in Folge einer Rechtspflicht denkbar, welche nicht in einem öffentlich-rechtlichen Verpflichtungsverhältniß ihren Grund haben. Dieß ist von selbst klar, wenn ein Einzelner rechtlich verpflichtet ist, außerhalb der allgemeinen Abgabenpflichten (oben Ziffer 5) einen Vermögensaufwand für öffentliche Zwecke ganz oder theilweise zu tragen. Eine solche Verpflichtung kann nur durch Thatsachen begründet werden, welche nach den Grundsätzen des Privatrechts eine Obligation erzeugen. Sie setzt also stets einen sog. Privatrechtstitel voraus. Aber nicht der Grund, aus welchem der Einzelne verpflichtet ist, nicht der Umstand, daß eine nach privatrechtlichen Grundsätzen verpflichtende Thatsache behauptet ist, hat die Zuständigkeit des Civilrichters bei einem Streit über eine solche Verbindlichkeit zur Folge. In diesem Falle müßte jede solche Thatsache die Zuständigkeit des Civilrichters begründen, während anerkannt ist daß dieselben Thatsachen auch auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts wirken können. Vielmehr ist der Grund darin zu suchen, daß die Verbindlichkeit selbst und der gegenüberstehende Anspruch, das Rechtsverhältniß, ein privatrechtliches ist, sofern es auf ein Vermögensrecht gerichtet

und nicht aus den Grundsätzen über die rechtlichen Genossenschaftspflichten zu beurtheilen ist. Da nun der Staat und die öffentlichen Korporationen wie der Einzelne, handlungsfähige Vermögenssubjekte sind und als solche den Einzelnen bezüglich der Beurtheilung ihrer Rechte und Pflichten gleichstehen, so ist es möglich, daß auch sie Verbindlichkeiten zu Leistungen für öffentliche Zwecke haben, welche nicht aus ihrer öffentlich-rechtlichen Aufgabe folgen, sondern rein privatrechtlicher Natur sind. Die Abgrenzung beider Gebiete beruht ebendeßhalb stets auf der Vorfrage, ob im einzelnen Fall eine Leistung vermöge des Genossenschaftsverbandes gefordert, beziehungsweise zu einem in der publizistischen Aufgabe der verpflichteten juristischen Personen liegenden Zweck gefordert wird oder nicht. Im ersten Falle ist das Rechtsverhältniß ein öffentlich-rechtliches und bleibt es, auch wenn auf dasselbe die sog. Privatrechtstitel ihre Wirkung äußern. Denkbar ist es allerdings, daß neben das öffentliche Recht noch ein besonderes Privatrecht mit Einem und demselben Zwecke durch besonderen Vertrag gestellt wird. Allein in diesem Falle sind es zwei verschiedene Rechtsverhältnisse, welche vollkommen unabhängig nebeneinander bestehen und bezüglich der Zuständigkeit im Streitfalle ihrem eigenen Gesetze folgen. — Die Formel, nach welcher ein sog. Privatrechtstitel eine Leistung für öffentliche Zwecke zu einer Privatrechtssache umwandeln soll, ist hiernach nicht genau und führt zu Unrichtigkeiten, worauf schon oben vielfach hingewiesen wurde. *Die Verbindlichkeit zu Leistungen für öffentliche Zwecke ist eine privatrechtliche und Gegenstand der Civilrechtsprechung, wenn sie nicht aus dem Genossenschaftsverband und nicht aus der öffentlich-rechtlichen Aufgabe des Staats oder einer öffentlich-rechtlichen Korporation nach dem heutigen öffentlichen Rechte folgt.* Hiernach läßt sich der Grundsatz noch kürzer dahin feststellen, daß jede Verbindlichkeit zu Leistungen für

öffentliche Zwecke, welche in Abweichung von dem bestehenden öffentlichen Rechte, als nicht aus dem heutigen öffentlichen Rechte folgende Ausnahme von der Regel desselben sich darstellt, ein Privatrechtsverhältniß und nur als solches denkbar ist. Ohne Schwierigkeiten ist die Anwendung dieses Grundsatzes, wenn es sich um Leistungen für öffentliche Zwecke handelt, für welche das öffentliche Recht das Subjekt bestimmt hat, welchem sie obliegen, wie dieß bezüglich der öffentlichen Wege, der Kirchen- und Schulbedürfnisse, der Armenzwecke, der Kirchhöfe, der Leistungen für Militärzwecke der Fall ist. Es folgt hieraus von selbst, daß jede derartige Verpflichtung, welche einem nach dem öffentlichen Rechte hiezu nicht verpflichteten Subjekte obliegt, eine privatrechtliche und nur als solche denkbar ist. Eine Schwierigkeit machen nur diejenigen Fälle, in welchen das frühere und das heutige öffentliche Recht von einander abweichen und insbesondere das in Anspruch genommene Rechtssubjekt oder öffentliche Vermögen in eine andere rechtliche Stellung gekommen ist, als es zur Zeit des thatsächlichen Beginns der Leistungen einnahm. Dieß trifft zu, 1) wenn eine Landesherrschaft früher vermöge der Landeshoheit Leistungen für öffentliche Zwecke gemacht und eine Pflicht hiezu anerkannt hat, welche nach heutigem öffentlichem Rechte aufgehört hat, eine Obliegenheit derselben zu sein, sei es a) weil sie ihre Landeshoheit verloren hat, oder b) weil der Zweck aufgehört hat, ein öffentlicher zu sein, was beispielsweise bezüglich der Kirchenbaulast denkbar ist, wenn die Trennung von Kirche und Staat nicht nur auf dem Papier, sondern in ihren praktischen Konsequenzen durchgeführt werden will, oder c) weil das heutige öffentliche Recht ein leistungspflichtiges Subjekt bezeichnet, während die Leistungspflicht nach dem früheren öffentlichen Rechte keinem bestimmten oder einem andern Subjekte oblag; ein Beispiel hiefür ist die Armenunterstützung, welche erst neuerdings allgemein als Gemeindelast erklärt ist, während

früher dieselbe vielfach andern Genossenschaften, z. B. den Klöstern oblag. 2) Dieselbe Schwierigkeit liegt vor, wenn ein zu einem öffentlichen Zweck besonders ausgeschiedenes Vermögen mit Verlust seiner Selbstständigkeit in den Besitz einer juristischen Person gelangt und mit ihrem Vermögen vermischt worden ist, wobei sehr häufig einer der unter 1) bezeichneten Vorgänge hinzugetreten ist, wie die Mediatisirung einer Standesherrschaft, welche ein kirchliches Vermögen inkammerirt hatte.

Daß außer den unter 1 und 2 genannten Fällen die Verbindlichkeit eines nicht nach dem öffentlichen Rechte hiezu verpflichteten Subjekts zu Leistungen für öffentliche Zwecke, auch wenn dasselbe der Staat oder eine öffentliche Korporation ist, nur als Privatrecht denkbar ist und ein Streit hierüber vor den Civilrichter gehört, ist allgemein anerkannt. Insbesondere hat diese Folge aus dem Prinzip das Obertribunal bezüglich der Wegbaulast in einem Spezialfall mit aller Schärfe ausgesprochen. [121]

---

[121] Seuffert, Archiv Bd. IV, S. 404. „Wird in Absicht auf eine öffentlich-rechtliche Verbindlichkeit zwischen dem Pflichtigen und dem Forderungsberechtigten eine Uebereinkunft getroffen, wodurch jene Verbindlichkeit auf irgend eine Weise modifizirt wird, so ändert dieß nichts an der Natur des Gegenstandes." „Anders aber verhält es sich, wenn der Pflichtige behauptet, eine gesetzliche Verbindlichkeit, welche ihm obläge, sei durch Vertrag oder Verjährung auf einen dritten übergegangen und wenn hieraus abgeleitete Ansprüche Gegenstand des Streits bilden. Das Rechtsverhältniß kann nur ein privatrechtliches sein." (Entsch. v. 10. Okt. 1846). Wenn in der bei Schäfer, Civilprozeß S. 77, abgedruckten Entscheidung vom 24. Dez. 1857 das Obertribunal die Unzuständigkeit der Civilgerichte in einem Falle ausgesprochen hat, in welchem zwei Gemeinden sich über die Wegunterhaltung der auf ihren Markungen belegenen Wege in einer Weise verständigt hatten, daß sie zum Theil auch auf der Markung der andern Gemeinde den Weg bahnten, so steht dieß mit der obigen Darstellung nicht im Widerspruch. Das Obertribunal nahm offenbar mit Recht an, daß sich diese Leistungen trotz des Vertrages als öffentlich-rechtliche, in der Gemeindeaufgabe liegende, darstellen. Ueber die Leistungspflicht für Kirchhöfe vgl. Seuffert, Archiv IV, 417.

Nicht ganz übereinstimmend hiemit ist jedoch die Praxis in den Fällen 1 und 2. Vom Standpunkte des heutigen öffentlichen Rechts aus liegt in diesen Fällen stets die Sache so, daß ein anderes Subjekt zu der Leistung für den öffentlichen Zweck verpflichtet ist, als dasjenige ist, welchem nach heutigem öffentlichen Rechte diese Leistung obliegt.

Gleichwohl macht hinsichtlich der Leistung für Kirchen- und Schulzwecke die Praxis einen Unterschied, für welchen es schwer sein wird, einen zureichenden Grund zu finden. Sie erklärt nämlich den Anspruch für einen öffentlich-rechtlichen und die Civilgerichte für unzuständig, wenn „ein Anspruch auf Verfügungen und Zusicherungen des Landesherrn in seiner Eigenschaft als Staats- oder Kirchenoberhaupt gestützt werde.“ [122] Es ist hiemit das Hereingreifen eines früheren öffentlichen Rechtes in die Gegenwart anerkannt, was nicht unbedenklich ist. Wollte man konsequent sein, so müßte man alsdann auch in denjenigen Fällen, in welchen ein Patron vermöge des früheren öffentlichen Rechtes das Vermögen einer Kirche eingezogen hat oder in welchem dasselbe mit Zustimmung der Oberkirchengewalt einem Kloster inkorporirt wurde, die Zuständigkeit des Civilrichters ausschließen. Denn im letzteren Fall ist es lediglich eine kirchenrechtliche Bestimmung, die bekannte Stelle des Concilium tridentinum, welche diesem Vermögen seinen *kirchengenossenschaftlichen Verband gewahrt* hat und dessen Besitzer mithin ebenso aus einem öffentlich-rechtlichen Grund für verpflichtet erklärt wird, wie nach dieser Thesis der Besitzer einer Standesherrschaft, auf welche vermöge der Verfügung eines früheren Besitzers derselben als Landesherrn und vermöge der Landes- und Kirchenhoheit die Baupflicht übernommen wurde. Diese auch von dem Herrn Mitherausgeber in dem schon erwähnten Aufsatze erkannte In-

---

[122] Dieses Archiv a. a. O. II, S. 20.

konsequenz [123] wird durch die von ihm gemachte Unterscheidung nicht beseitigt, ob „die Absicht des Landesherrn, eine privatrechtliche Baupflicht auf das eingezogene Vermögen zu übernehmen, unzweideutig zu Tag getreten sei.“ Denn es wird schwierig, wenn nicht unmöglich sein, diese Absicht im einzelnen Fall zu ermitteln, da die Inkammerationen in einer Zeit erfolgt sind, in welchen der inkammerirende Landesherr diesen erst dem heutigen Rechte angehörigen Unterschied schwerlich kannte und im Zweifel sich nur darüber klar war, daß die Einkünfte der Hauptsache nach ihrer bisherigen Bestimmung nicht ganz entzogen werden sollen. Niemand wird aber sagen können, ob der Landesherr sich bei dieser Absicht eine privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Last gedacht habe. Gegen die von dem K. Obertribunal gemachte Unterscheidung erhebt sich noch das weitere Bedenken, daß hiernach die öffentlich-rechtliche Natur einer Verbindlichkeit durch die Stellung des Landesherrn, welcher verfügt hat, bedingt sein solle. Der Landesherr war als solcher zugleich Vertreter des heutigen Fiskus, der privatrechtlichen Persönlichkeit des Staates, und wenn er das Vermögen desselben vermöge seiner Landeshoheit durch die Anerkennung einer Baulast mit derselben belastete, so war dieß eine vermögensrechtliche Verfügung, mithin um so wahrscheinlicher auf die Konstituirung einer privatrechtlichen Verbindlichkeit im heutigen Sinne gerichtet, als man sich damals die Rechtspflichten überhaupt nur in der Form von Privatrechten und zwar in der Regel von Reallasten vorstellte. Wenn in einem einzelnen Falle eine bleibende Verbindlichkeit zu derartigen Leistungen als konstituirt anzunehmen ist, so liegt einer der oben unter Ziffer II. bezeichneten Fälle vor, mag der Verpflichtungsakt die Verfügung eines Landesherrn oder eines Patrons, der keine Landeshoheit besaß, oder eines Klosters unter Zustimmung der Oberkirchenbehörde ge-

[123] A. a. O. S. 22, insbes. Note 15.

wesen sein.[124] Ein Streit hierüber gehört hiernach, wenn man anders auf Folgerichtigkeit Anspruch macht, vor den Civilrichter.

Diese Auffassung hat auch neuerdings in einer gesetzlichen Bestimmung Anerkennung gefunden. Nach Art. 1 des Ges. vom 19. April 1865, betr. die Ablösung von Leistungen für öffentliche Zwecke, fallen unter dasselbe Leistungen für öffentliche Zwecke, namentlich für Kirche, Schule, Armenunterstützung, welche mit dem Besitze einzelner oder verbundener Vermögensgegenstände als bleibende Lasten verknüpft und nicht in den heutigen staatsrechtlichen Verhältnissen begründet sind. Nach Art. 12 haben die Gerichte alle Streitigkeiten über das Dasein, den Umfang, die rechtliche Natur und die Ablösbarkeit einer unter das Gesetz fallenden Leistungsverbindlichkeit zu entscheiden. Es sind den Gerichten hiemit auch solche Fälle zur Entscheidung zugewiesen, für welche nach der bisherigen Praxis des Obertribunals die Gerichte nicht für zuständig erklärt worden waren und die gesetzgebenden Faktoren waren sich hiebei vollkommen bewußt, daß diese gesetzliche Bestimmung mit der bestehenden Praxis des Obertribunals nicht im Einklang steht. Die Begründung derselben sowohl in dem

---

[124] Eine andere dem materiellen Rechte angehörige Frage ist, ob die Inkammeration von Kirchenvermögen durch den Landesherrn im einzelnen Fall das eingezogene Vermögen mit der Verbindlichkeit belastet, oder ihm seine Bestimmung erhalten hat, den bis dahin von ihm getragenen Aufwand für Kirchen-, Schul- oder Armenzwecke auch fortan und für ewige Zeiten zu tragen. Für die Beurtheilung dieser Frage ist die Stellung des Landesherrn von wesentlichem Einfluß. Vermöge der ihm zukommenden Gesetzgebungsgewalt ist seine Verfügung hierüber mit einer das frühere Verhältniß des inkammerirten Vermögens vollkommen novirenden Wirkung entscheidend, woraus für die Verhältnisse des evangelischen Kirchengutes unzweifelhaft folgte, daß an dasselbe Ansprüche für kirchliche Zwecke und Armenunterstützung nur insoweit gemacht werden können, als sie in den die Errichtung desselben bei der Reformation begleitenden Verfügungen der Kastenordnung von 1536, der

Kommissionsberichte als bei der Berathung in den Kammern [125] führt unmittelbar auf die hier allgemein vertheidigte Ansicht. Es wurde bei den Berathungen an die Stelle des im Entwurfe gebrauchten Ausdruckes „privatrechtliche Leistungen für öffentliche Zwecke" der Ausdruck gesetzt: „welche nicht in den heutigen staats-(öffentlich)-rechtlichen Verhältnissen begründet sind" und zwar nicht etwa mit dem Gedanken, hiedurch den Wirkungskreis des Gesetzes über die Intention des Entwurfes auszudehnen, sondern nur, weil die Gerichte eine Klasse solcher Ansprüche, welche als privatrechtliche zu betrachten seien, nicht als solche anerkennen. Folgerichtig können auch Ansprüche aus Staatsverträgen für öffentliche Zwecke, z. B. aus dem Reichsdeputationshauptschluß von 1803, sofern sie in Abweichung von dem heutigen öffentlichen Rechte begründet sein sollen, nur in der Form von Privatrechten gedacht und nur bei dem Civilrichter verfolgt werden. [126]

Landesordnung von 1536, der großen Kirchenordnung von 1559, und der Kastenordnung vom 2. Jan. 1615 begründet sind, und daß dasselbe insbesondere nicht zur baulichen Unterhaltung einzelner Kirchen nach den Grundsätzen des Conc. trid. beigezogen werden kann. Wenn dieses Resultat auch im Erfolg mit den von dem K. Obertribunal ergangenen Entscheidungen über Ansprüche an das evang. Kirchengut übereinstimmt, (vgl. dieses Archiv, Bd. II. a. a. O., S. 22—26, Bd. XIV, S. 1 u. f.) so dürften doch die ergangenen Inkompetenzerklärungen hiernach formell nicht über jeden Zweifel erhoben sein.

[125] Vergl. insbes. Kommissionsbericht zu dem Entwurf von 1849, Verh. d. K. d. Abg. von 1848/49, Beil.-Bd. Abth. I, S. 972, Kommiss.-Bericht zu dem Entw. von 1865, Verh. d. K. d. Abg. von 1864/65, Beil.-Bd. I, S. 2059, Prot.-Band III, S. 1963, Steinheil, Handausgabe des Ges. vom 19. April 1865, S. 69—77.

[126] Wenn diese Ansicht zur Zeit noch vielfach auf Widerspruch stoßen wird, so liegt der Grund in der verschiedenen Auffassung über Dasjenige, was öffentliches Recht ist. Auch eine sog. Rechtsquelle des öffentlichen Rechtes kann Privatrechte erzeugen; auch sog. Privatrechtstitel können öffentliche Rechte bestimmen. Staatsverträge

7) An die bezeichneten Fälle der Zuständigkeit des Civilrichters bei Streitigkeiten über Leistungen für öffentliche Zwecke schließt sich noch ein besonderer Fall, welcher wiederum nur in der eigenthümlichen Erscheinung des Hereingreifens vergangener Rechtszustände in die Gegenwart seine Erklärung findet. Es ist dieß die Zuständigkeit der Civilgerichte zur Entscheidung von Streitigkeiten über Patronatrechte. Das Recht zur Präsentation oder Ernennung eines Geistlichen ist insolange, als Staat und Kirche nicht getrennt sind, eine Kirche als staatliche Korporation anerkannt ist, ein von der Kirchen- und Staatsgewalt auszuübendes Recht und das öffentliche Recht hat die Behörden und die Formen seiner Ausübung zu bestimmen. Es war jedoch bekanntlich vor der Entwicklung des heutigen öffentlichen Rechtes und ist, soweit das kanonische Recht noch gilt, noch heute die Erwerbung dieses Rechtes von Einzelnen oder Korporationen in der Form einer durchaus die Natur eines Privatrechtes annehmenden Befugniß möglich, was erklärt, daß auch vermögensrechtliche Vortheile hiemit verbunden sind (der Anspruch auf Alimentation aus Kircheneinkünften 2c.) Daß bei Streitigkeiten über dieses Recht, obwohl hiebei nicht selten gerade die öffentlichen Normen des Kirchenrechtes entscheidend

---

sind nichts anderes als besonders qualifizirte Gesetze und alle Gesetze, auch die privatrechtlichen, sind öffentliche Rechtsquellen. Man wird nie auf einen sicheren Boden in der Kompetenzgrenze gelangen, so lange man sich an diese zufällige Unterscheidung nach den Rechtsquellen hält. Das öffentliche und das Privatrecht unterscheiden sich nicht durch die Natur ihrer Erkenntnißquellen, sondern durch den Rechtsstoff, welchen sie ordnen; das subjektive Recht ist öffentliches oder Privatrecht vermöge seines inneren Wesens und nur soweit dieses innere Wesen durch den Entstehungsgrund beeinflußt ist, insoweit bildet derselbe ein Merkmal der Natur des subjektiven Rechtes. In dem in diesem Archiv III, S. 159, mitgetheilten Fall wäre hiernach die Unzuständigkeitserklärung des Obertribunals nicht wohl zu rechtfertigen. Vgl. unten §. 6, Note 132.

sind, die Civilgerichte zuständig sind, folgt aus dem Grundsatze und ist anerkannt.[127]

§. 5. Die wirklichen Ausnahmen.

Streitigkeiten über Rechtsverhältnisse, welche unzweifelhaft privatrechtlicher Natur sind, können aus besonderen Zweckmäßigkeitsgründen durch das positive Recht der Rechtsprechung der Civilgerichte entzogen sein. Nach dem heutigen württembergischen Rechte[128] bestehen nur zwei solche Ausnahmen:

1) Nach §. 103 und 104 der für die Städte Stuttgart und Ludwigsburg gegebenen Gesindeordnung vom 27. Okt. 1819 ist die Entscheidung der in Dienstbotensachen entstehenden Streitigkeiten, „sofern nicht wichtige Entschädigungsforderungen zur Klage kommen, die zur Verweisung in den ordentlichen Rechtsweg sich eignen," den Polizeibehörden übertragen.[129]

2) Nach Art. 45 und 46 des Ges. vom 14. März 1853, betr. die Allg. Brandversicherungsanstalt, ist die Zuständigkeit der Civilgerichte nicht nur bei Streitigkeiten

---

[127] Seuffert, Archiv IV, S. 413. Die Frage, ob es in Württemberg ein öffentlich-rechtliches Patronat gibt, möchte bezüglich der katholischen Kirche zu verneinen sein, nachdem durch den Art. 2 des Ges. vom 30. Jan. 1862 das Ernennungsrecht des Staates zu katholischen Kirchenstellen mit Ausnahme der Anstellung von Geistlichen beim Militär und öffentlichen Anstalten aufgegeben und nur soweit „besondere Rechtstitel" nachgewiesen, also insbesondere durch die Uebereinkunft vom 9. März 1858 anerkannt sind, staatliche Patronatsrechte bestehen. Diese Patronatsrechte übt hiernach der Staat nicht als öffentliche Gewalt, sondern vermöge eines auf besonderem Titel beruhenden Individualrechtes, wie dieses Recht auch Einzelne ausüben.

[128] In Bayern sind die Miethstreitigkeiten an die Polizeibehörden gewiesen. Brater a. a. O., S. 27.

[129] Die früher von dem Obertribunal angenommene Unzuständigkeit bei Streitigkeiten über Gewerbelehrverträge, dieses Archiv III S. 93, ist durch Art. 64 der Gew.-O. vom 12. Febr. 1862 beseitigt.

über die Theilnahme an der Anstalt und die Größe des Beitrags, sondern auch über die Ansprüche auf Entschädigung wegen Brandschaden ausgeschlossen, obwohl dieselben an sich unzweifelhaft privatrechtlicher Natur sind.[130]

Eine Ausnahme von der Regel dahin, daß die an sich nicht begründete Zuständigkeit der Civilgerichte ausdrücklich ausgesprochen ist, enthält der Art. 9 des Gesetzes vom 28. Aug. 1849, betr. das Verfahren und die Haftverbindlichkeit der Gemeinden bei Zusammenrottungen und Aufruhr. Als eine Ausnahme ist es nicht zu betrachten, daß ein Streit über die Verbindlichkeit der Gemeinde zum Schadenersatz an die Beschädigten und den Rückgriff der Gemeinde an andere Personen an die Gerichte gewiesen ist, sofern dieß unzweifelhaft privatrechtliche Folgen strafbarer Handlungen sind. Auch die Haftpflicht der Gemeinde für den Schaden beruht auf der Annahme einer Schuld der Gemeindegenossen und spricht eine gesetzliche Bürgschaft der Gemeinde für die Handlungen Anderer aus. Eine mit den sonstigen Grundsätzen über die Kompetenzgrenze im Widerspruch stehende Bestimmung ist es aber unzweifelhaft, wenn auch Streitigkeiten über die Verbindlichkeit der Gemeinde zur Bezahlung der Kosten der zum Schutze der Gesetze aufgebotenen bewaffneten Macht und die Austheilung der durch den Rückgriff erhaltenen Summen an die Gerichte verwiesen werden.

---

[130] Daß Theaterkontrakte wie andere Privatdienstverträge als solche nur privatrechtliche Rechte und Pflichten erzeugen, ist selbstverständlich. Die öffentlich-rechtliche Stellung der Theaterdirektionen kann jedoch hierin die Natur des Rechtsverhältnisses ändern, so bei den Hoftheatern. Auf der besonderen Stellung der Theaterdirektion beruht auch die Entscheidung eines Kompetenzkonfliktes gegen die civilgerichtliche Zuständigkeit in dem bei Seuffert, Archiv IX, S. 104—109 mitgetheilten Rechtsfall, wodurch die Grundsätze über die Rechtsverhältnisse der öffentlichen Diener auf das bei dem Hof- und Nationaltheater in Mannheim angestellte Personal für anwendbar erklärt wurden.

§. 6. Die Connexität von Civil- und Verwaltungsrechtsstreitigkeiten und die Konkurrenz der Civilrechtsprechung und der Verwaltungsrechtspflege.

Wenn man als das allgemeine Resultat der vorstehenden Erörterungen den Grundsatz bezeichnen kann, daß die Natur des subjektiven Rechtes, über welches gestritten wird, die Kompetenz bestimmt, so folgt hieraus, daß eine Konkurrenz der Civilrechtsprechung und der Verwaltungsrechtspflege nicht denkbar ist. Entweder muß der Civilrichter oder das Verwaltungsgericht zuständig sein. Hiedurch ist nicht ausgeschlossen, daß eine Civilrechtssache, d. h. ein Streit über ein subjektives Recht privatrechtlicher Natur mit einer Verwaltungsrechtssache in einem äußeren oder inneren Zusammenhang steht oder umgekehrt. Nur ist hiebei stets daran festzuhalten, daß dieser Zusammenhang keinen Einfluß auf die Zuständigkeit des Civilrichters hat und seine prozessualische Wirkung niemals in einer Verrückung der Zuständigkeitsgrenze bestehen kann. Dieß wird keine Untersuchung erkennen lassen, welche nicht von dem Begriffe des subjektiven Rechtes als Gegenstand der Rechtsprechnng ausgeht. So ist es mehr als ungenau und geradezu verwirrend, wenn Brater eine „Kategorie" von Fällen annimmt, in welchen ebensowohl die Zuständigkeit der Justizbehörden als jene der Verwaltungsbehörden begründet sei. Dieß hat gerade ebensoviel oder sowenig Berechtigung, als wenn man sagen wollte, es gebe eine Kategorie von Fällen, in welchen ebensowohl die Zuständigkeit der Civilgerichte als der Strafgerichte begründet sei. Wie eine und dieselbe Handlung ein strafgerichtliches und ein civilprozessualisches Verfahren zur Folge haben kann, so kann eine und dieselbe Thatsache die Verletzung eines öffentlichen Rechtes und eines Privatrechtes sein;

aber deßhalb sind nicht beide, Civil= und Verwaltungsgericht, für denselben „Fall" zuständig, sondern es sind zwei Fälle, in welchen vielleicht auch der äußere Erfolg zusammentrifft oder von einander abweicht, welche aber in keiner Weise bestimmend auf einander wirken.[131] In diesen Fällen sind die Entscheidungen beider Behörden vollständig unabhängig von einander. Ihr scheinbarer Zusammenhang ist ein rein zufälliger. Durch die Verneinung eines privatrechtlichen Anspruches wird die Möglichkeit eines öffentlichrechtlichen Erfolges, welcher bei dem Civilrichter erreicht werden wollte, nicht ausgeschlossen und umgekehrt. Daraus, daß z. B. die Ansprüche auf die Almosenbeiträge des Staates von dem Administrativrichter abgewiesen wurden, folgte nicht, daß sie nicht als privatrechtliche vor dem Civilrichter verfolgt werden können und umgekehrt. Daraus, daß ein Standesherr in seiner Eigenschaft als Parochiane keinen Beitrag zu einem Kirchen= oder Schulbau zu leisten hat, folgt nicht, daß er hiezu nicht als Besitzer von kirchlichem Vermögen verpflichtet ist u. s. f.

Wo in Wahrheit zwei subjektive Rechte nebeneinander stehen, hat der Umstand, daß sie durch eine Handlung verletzt werden oder eines und dasselbe Interesse zum Gegenstand haben können, überhaupt keine rechtliche Wirkung. Dieselbe beginnt erst da, wo sie in einem inneren Zusammenhange steht. Dieß ist der Fall, wenn das Eine präjudiziell für das Andere, wenn das Eine durch das Andere bedingt ist. Auch für dieses Verhältniß ist übrigens einem häufigen Irrthum darüber zu begegnen, was als

---

[131] Von den Fällen, welche Brater a. a. O., S. 48 u. f. als Beispiele der Connexität von Civil= und Verwaltungsrechtssachen anführt, in welchen eine Rechtsprechung derselben konkurriren oder ein Konflikt zwischen beiden bestehen soll, sofern das „Privatrecht nicht geltend gemacht werden könne, ohne ein durch das öffentliche Recht geschütztes Interesse zu verletzen," gehören die meisten nicht hierher.

Präjudizialstreit zu bezeichnen ist. Die ganze Frage ist unrichtig gestellt, wenn man sie, wie Brater, dahin formulirt, ob „die Civilgerichte über den einer Civilprozeßsache präjudiziellen staatsrechtlichen Punkt" zu urtheilen befugt seien. So gestellt ist die Frage bald zu bejahen, bald zu verneinen. Sie sind befugt, über denselben zu urtheilen, wenn er sich zu einer Rechtsprechung durch eine Verwaltungsjustizbehörde, eine Straf- oder Disziplinarstrafbehörde nicht eignet; nicht befugt sind sie, wenn er sich hiezu eignet. Kein Präjudizialverhältniß liegt vor, wenn der „öffentlich-rechtliche Punkt" nicht so gestaltet ist, daß die Entscheidung einer anderen Behörde, die Entscheidung des Civilgerichtes bedingt. Der Civilrichter hat auch öffentlich-rechtliche Fragen in seinem Ressort zu beurtheilen, sofern er hiedurch nicht in die Rechtsprechung einer anderen Behörde eingreift.[132] So hat bei Beurtheilung der Giltigkeit eines Vertrages, welchen ein Vertreter des Staates als Fiskus oder einer öffentlichen Korporation in Vertretung ihrer privatrechtlichen Persönlichkeit abgeschlossen hat, der Richter selbstständig zu prüfen, ob bei Abschluß des Vertrages der gesetzliche Vertreter gehandelt hat. So ist es eine Frage des öffentlichen Rechtes, (ein „öffentlich-rechtlicher Punkt") ob ein Wasser öffentliches

---

[132] Nicht im Einklang hiemit steht allerdings das Erk. des Obertrib. vom 15. Febr. 1859. Dieses Archiv III, S. 159. Ein durch Pfandbestellung erworbenes Recht auf Bezug der Reichssteuer einer vormaligen Reichsstadt wurde gegen den Württ. Staat auf Grund des Vertrages mit Kaiser und Reich und die Erwerbung der Reichsstadt gerichtlich verfolgt. Das Obertribunal sprach die Unzuständigkeit des Civilrichters aus, soweit die Klage auf den letzten Grund gestützt sei, da sich der Kläger zum Beweise dieses Ueberganges auf Akte und Grundsätze des Staats- und Völkerrechts berufe. Hiedurch wurde aber das Privatrecht kein öffentliches Recht und es war nur eine öffentlich-rechtliche Frage, welche vielleicht zu verneinen war, als Theil der Entscheidungsgründe zu prüfen. Hierüber hätte der Civilrichter zu entscheiden gehabt.

oder Privateigenthum ist. Gleichwohl hat der Civilrichter hierüber zu entscheiden, wenn ein Anspruch auf Wasser erhoben ist, welches im Privateigenthum sein soll. Es ist eine öffentlich-rechtliche Frage, ob ein Gesetz, eine Verordnung oder ein Staatsvertrag in rechtlicher Wirkung steht. Daß aber der Civilrichter, wenn von dieser Frage eine innerhalb seiner Kompetenz liegende Entscheidung abhängt, sie selbstständig zu prüfen hat, hätte niemals in Zweifel gezogen werden sollen. [133]

Beispiele eines wirklichen Präjudizialverhältnisses sind: Der Besoldungsanspruch eines öffentlichen Dieners, welchem die Berufung auf eine Disziplinar- oder Strafmaßregel entgegengesetzt wird, die Forderung der Abgabenentrichtung durch einen Dritten statt des Abgabenpflichtigen, wenn die Abgabenpflicht bestritten ist, der Streit über eine zur Sicherstellung eines öffentlich-rechtlichen Anspruches eingegangene Bürgschaft oder ein zu demselben Zweck bestelltes Pfand, wenn über die öffentlich-rechtliche Pflicht gestritten wird, der Streit über die Lokation einer öffentlichen Abgabe, wenn die Forderung bestritten ist, der Streit über die Giltigkeit eines auf die Uebertragung einer öffentlichen Berechtigung gerichteten Vertrages wegen behaupteter, aber bestrittener Unmöglichkeit dieser Uebertragung. Der unzweifelhafte Grundsatz der Civilgerichte ist in diesen Fällen, daß, sofern das Erkenntniß in dem Privatrechtsstreit durch die Entscheidung des öffentlich-rechtlichen Streites bedingt ist und diese vorliegt, sie als maßgebend anerkannt oder soweit eine solche zu erwarten ist, die Verhandlung und Entscheidung bis nach Beendigung des Administrativrechtsstreites ausgesetzt oder die

---

[133] Vergl. Gneist. „Soll der Richter auch über die Frage zu befinden haben, ob ein Gesetz verfassungsmäßig zu Stande gekommen?" (Berlin 1863.) Seuffert, Archiv IV, S. 399. Insbes. auch v. Wächter, Archiv f. civ. Praxis, Bd. XXIV, S. 238, Note 12.

Klage als zur Zeit unbegründet abgewiesen wird. Der Grund hievon liegt übrigens, abgesehen von den in Württemberg noch nicht praktischen Fällen eines Besoldungsstreites und der Berufung auf eine disziplinäre Maßregel, nicht darin, daß der Richter verhindert wäre, nach eigenem Urtheil gleichwohl zu entscheiden,[134] sondern darin, daß er je nach der Beschaffenheit des Falles bei einem anderen Verfahren Gefahr lauft, ein unrichtiges oder inanes Erkenntniß zu fällen.

§. 7. Die Connexität eines Civilrechtsstreites und einer Verwaltungssache; die Konkurrenz der Civilrechtsprechung und Verwaltung.

Von einer Konkurrenz der Civilrechtsprechung und der Verwaltung, oder der Connexität einer Civilrechtssache und Verwaltungssache kann ebenso, wie von einer Connexität der Civil- und Verwaltungsrechtssache nur gesprochen werden, wenn das Urtheil des Civilrichters in dem Privatrechtsstreit durch eine Verwaltungsverfügung bedingt ist, ohne daß aber dieser Umstand auf seine Kompetenz Einfluß üben könnte. Ist vermöge der Natur eines im Streite befindlichen Individualrechtes der Civilrichter zuständig, so ändert der Zusammenhang desselben mit einer Verwaltungsfrage hieran nichts.[135] Soll das Recht der öffent-

---

[134] Der Art. 4 der württ. Civ.Pr.O. verweist hierüber kurz auf das bestehende Recht, während der Art. 5 bei präjudiziellen Ehesachen allerdings dem Richter gebietet, das Urtheil des Ehegerichtes als maßgebend anzuerkennen. Vgl. Brater a. a. O., S. 64.

[135] Nicht wenig hat zur Verwirrung der ganzen Lehre von der civilrichterlichen Kompetenz beigetragen, daß die in §. 2 erörterten Fälle als Fälle der Connexität einer Privatrechts- und einer Verwaltungsfrage behandelt wurden (vergl. namentlich Brater a. a. O., S. 48 u. f.), während in diesen Fällen nicht ein Privatrecht im Streite ist, sondern das besondere subjektive Recht, vermöge dessen das dem allgemeinen Interesse untergeordnete Privatrecht sich

lichen Gewalt die Unzuständigkeit des Richters zur Folge haben, so ist dieß nur denkbar, wenn kein subjektives Recht besteht oder das im Streit befindliche subjektive Recht seiner inneren Natur nach sich nicht vor den Civilrichter eignet. So ist in den in §. 2, Z. 1 erörterten Fällen, in welchen das Individualrecht dem öffentlichen Interesse weichen muß, nicht ein Privatrechtsstreit und eine öffentlich-rechtliche Frage connex, sondern nur die letztere besteht. Ebendahin gehören die Fälle, in welchen die Ausübung eines Privatrechtes, der Fischerei, der Jagd, des Weiderechtes, der Waldnutzungen vermöge einer den Inhalt des Rechtes selbst bestimmenden Beschränkung an die Genehmigung und die Anordnungen der Verwaltungsbehörden (Regiminal-, Feldpolizei-, Forstpolizeibehörden) gebunden ist. Dieß hindert sehr häufig nicht, daß derselbe Zweck auf beiden Wegen verfolgt wird; nur ist die civilrichterliche Entscheidung ganz unabhängig von der Verwaltungsverfügung und umgekehrt. Wenn z. B. Jemand durch die mit Ueberleitung schädlicher Dämpfe oder Stoffe auf sein Grundstück verbundene Einrichtung einer Fabrik sich verletzt erachtet, so kann er die polizeiliche Einschreitung nur aus einem Grunde des öffentlichen Interesses verlangen. Eine Ablehnung des Einschreitens hindert ihn aber nicht, wenn er ein privatrechtliches Einspracherecht hat, dieses im Wege der Civilklage zu verfolgen.[136] Der Eigenthümer ferner, welchem

gegen einen Eingriff behaupten will. Nicht über das Privatrecht, sondern darüber, wie, in welchem Umfang und in welcher Form ein Vermögensrecht im Konflikt mit dem höheren Recht der Gesammtheit zu schützen ist, wird in jenen Fällen entschieden.

[136] Eine Ausnahme hievon hat der §. 26 der deutschen Gewerbeordnung insofern gemacht, als derselbe die privatrechtliche Klage wegen Belästigung durch eine mit obrigkeitlicher Genehmigung errichtete gewerbliche Einrichtung auf das Verlangen der Herstellung von Einrichtungen, welche die benachtheiligende Einwirkung ausschließen oder auf Schadloshaltung beschränkt, die Klage auf Einstellung des Betriebes aber nicht mehr zuläßt.

die Bauerlaubniß ertheilt worden ist, kann durch eine bei dem Civilrichter erhobene privatrechtliche Einsprache des Nachbars durch diesen daran verhindert werden. Umgekehrt ist die Ablehnung dieser privatrechtlichen Einsprache durch den Civilrichter nicht dadurch bedingt, daß die polizeiliche Bauerlaubniß ertheilt wird. Kein Gericht wird die Einrede gegen eine actio negatoria, daß die Klage unpraktisch sei, weil die Bauerlaubniß doch nicht ertheilt werde, berücksichtigen und derselben etwa die Wirkung einer Sistirung des Prozesses einräumen.

Wenn A. den B. an der Ausübung einer privatrechtlichen Waldweidegerechtigkeit verhindern will, so kann er hiegegen mit der negatorischen Klage bei dem Civilrichter auftreten. Er kann aber im einzelnen Falle denselben Zweck erreichen, wenn es ihm gelingt, gegen die Ausübung der Weide als mit den polizeilichen Vorschriften im Widerspruch stehend, z. B. wegen Verhängung des Waldes ein Verbot der Forstpolizeibehörde zu erwirken. Die letztere Verfügung beeinflußt der Regel nach das Erkenntniß des Civilrichters so wenig als dieses die Forstpolizeibehörde berührt. [137]

Ebendeßhalb liegt im Fall der Erlassung einer polizeilichen provisorischen Maßregel keine Konkurrenz der Verwaltung und des Civilgerichts vor. Die Polizeibehörde kann eine provisorische Verfügung nicht zum Schutze eines Privatrechtes, sondern nur aus Gründen

---

[137] Eine Ausnahme findet nur im Falle einer ausnahmsweisen Ausdehnung des Privatrechtes über die polizeilichen Beschränkungen seiner Benützung, der sog. privatrechtlichen Kulturbeschränkungsbefugniß statt (vgl. oben §. 3, S. 44.) Diese Ausnahme wird aber nach Annahme des Weideablösungsgesetzes in Wegfall kommen. Bei der Fischerei, der Jagd und den Holznutzungen auf Waldboden bestehen, soviel dem Verfasser bekannt ist, derartige exceptionelle Erweiterungen des Privatrechtes über die von dem öffentlichen Interesse gezogenen Schranken überhaupt nicht.

des öffentlichen Wohles und zwar nur im Falle einer dringenden Gefahr für dasselbe erlassen. Unter diesen Voraussetzungen kann sich auch das Privatrecht nicht gegen die öffentlichen, von den Verwaltungsbehörden zu handhabenden Interessen behaupten. Man hat mithin hier einen der schon oben erwähnten Fälle vor sich, in welchen auch das Privatrecht aufhört, den Schutz des Civilrichters zu genießen (§. 2, I). Inwieweit eine solche Verwaltungsmaßregel begründet ist oder nicht, steht hiernach nicht zu der Entscheidung des Civilrichters, wie umgekehrt die Entscheidung des Civilrichters im Falle eines Streites über das Privatrecht hievon ganz unabhängig ist. Eine Einwirkung der letzteren auf die provisorische Verfügung der Verwaltungsmaßregel findet nur in sofern Statt, als diese Entscheidung die thatsächlichen Voraussetzungen einer provisorischen Maßregel beseitigen kann. Dieß ist nicht nur dann möglich, wenn eine Entscheidung des Civilrichters rechtskräftig geworden ist, sondern auch wenn der Civilrichter innerhalb seiner Kompetenz eine provisorische Verfügung getroffen hat. Niemals aber kann sich der Civilrichter mit einer provisorischen Verfügung der Verwaltungsbehörde mit der Wirkung einer Aufhebung oder Abänderung derselben beschäftigen.[138]

---

[138] Vgl. über die provisorischen Maßregeln in Kirchenbausachen Dr. Kübel a. a. O. Dieses Archiv II, S. 34 u. f. Die zahlreichsten Fälle, in welchen die Verwaltungsbehörden in die Lage kommen können, provisorische Verfügungen zu treffen, sind die Fälle, in welchen über eine privatrechtliche Pflicht zu einer Leistung für öffentliche Zwecke gestritten wird, (§. 4, Ziffer 8) und die Leistung selbst im Interesse des öffentlichen Wohls nicht bis zum Austrag der Sache in Anstand bleiben kann. Auch die Verwaltung hat bei ihrer Verfügung die privatrechtlichen Beziehungen zu beachten, weil auch sie an das Recht gebunden ist; insbesondere ist sie zur Beachtung des Besitzstandes für verpflichtet erklärt. (Gutachten des Oberjustizkollegium vom 17. April 1816. Sarwey, Monatschrift Bd. III S. 130). Allein es gibt keine Berufung gegen seine solche provisorische Verfügung an den Civilrichter (dieses Archiv II, S. 37).

Eine wirkliche Konnexitat zwischen einer Civilrechtssache und einer Verwaltungssache findet abgesehen von dem bald nicht mehr praktischen Falle der privatrechtlichen Kulturbeschränkungsbefugnisse der Weideberechtigten (vgl. Note 137) nur Statt

1) bei einer gegen einen öffentlichen Diener gerichteten Entschädigungsklage wegen Schadenzufügung durch Verletzung seiner Amtspflichten (s. hierüber oben §. 3 Ziffer 5).

2) Wenn im Falle eines privatrechtlichen Streites über Leistungen zu öffentlichen Zwecken (oben §. 3, Ziffer 8) die Leistungspflicht nicht dem Betrage nach festgestellt ist, sondern sich nach dem Bedürfniß richtet, so ist klar, daß die Größe der Leistung und unter Umständen im einzelnen Falle die Leistung selbst davon abhängig ist, ob und in welchem Umfange das öffentliche Interesse den Zweck verlangt, zu dessen Ausführung die Leistung bedingt ist. Der wesentliche Inhalt der privatrechtlichen Leistungspflicht ist in dem allgemeinen Satze enthalten, daß dasjenige zu leisten ist, was zu Erreichung des bestimmten Zweckes nothwendig ist. Dieser privatrechtliche Inhalt der Pflicht kann bald bestimmter, bald allgemeiner gefaßt sein; er kann auf weitere oder engere Zwecke gerichtet sein.[139] Der Zweck

---

Folgerichtig muß man auch in den Fällen, wenn der Richter in die Lage kommt, eine provisorische Verfügung zu treffen, der Verwaltung selbst überlassen, die Konsequenz derselben für ihre Verfügung zu ziehen; nicht aber kann dem Civilrichter zustehen, seinerseits in dieselbe einzugreifen, was in den a. a. O. der Monatschrift S. 38 mitgetheilten Aeußerungen nicht ganz klar hervortritt.

[139] Hieraus erklärt es sich, daß je nach der Beschaffenheit des einzelnen Falles der Richter über eine Frage zu entscheiden hat, welche auch der Verwaltung zur Erledigung anheim fallen kann. Allein dieses Zusammentreffen ist nur ein scheinbares. Immer entscheidet der Richter über etwas Anderes, als die Verwaltung. Wenn z. B. ein Anspruch auf die Erweiterung der Kirche auf Kosten des Kirchenbaupflichtigen von diesem bestritten ist, so kann seine Weigerung entweder darauf gestützt sein, daß er nur zur Reparatur, nicht

bestimmt die Pflicht zur Leistung und für welche Zwecke die Leistungspflicht dient, hat der Civilrichter zu entscheiden. Aber ob eine Leistung zu Erreichung des die Pflicht umgrenzenden Zwecks nach den Verwaltungsgrundsätzen nothwendig ist, berührt die Civilrechtsprechung nicht. Hierüber kann nach dem Inhalt der privatrechtlichen Obligation selbst nur die Verwaltungsbehörde entscheiden, deren Aufgabe es ist, für diejenigen öffentlichen Einrichtungen zu sorgen, welche das öffentliche Interesse verlangt. Wenn also über die nach dem öffentlichen Bedürfniß zu beurtheilende Nothwendigkeit einer geforderten Leistung zu dem bestimmten öffentlichen Zwecke im Ganzen oder dem Betrag nach ein Streit ist, so kann dieser nicht von dem Civilrichter entschieden werden, derselbe hat vielmehr je nach den Umständen entweder die vorgängige Verfügung der zuständigen Verwaltungsbehörde abzuwarten oder seine Entscheidung so einzurichten, daß jener Verfügung nicht vorgegriffen wird oder das Urtheil nicht Gefahr lauft, gegenstandslos zu werden. — Auf die einzelnen möglichen Fälle hier einzugehen, liegt ein Grund um so weniger vor, als sie niemals erschöpft werden können und aus dem materiellen Rechte zu beurtheilen sind. Bezüglich der Leistungen für Kirchen- und Schulzwecke enthält die mehrerwähnte

---

zur Erweiterung verpflichtet sei, oder darauf, daß kein Bedürfniß der Erweiterung vorliege. Im ersten wie im zweiten Fall ist das Ergebniß die Verbindlichkeit zur Tragung der Kosten der Erweiterung oder die Befreiung von derselben. Allein der Richter, welcher über den ersten Punkt zu entscheiden hat, läßt hiemit den zweiten dahingestellt und umgekehrt. Gleichwohl stehen diese und ähnliche Fragen in einem solchen Zusammenhang, daß sehr häufig (vor der Ablösbarkeit dieser Lasten) der Richter über den privatrechtlichen Anspruch, ohne ein inhaltsloses Urtheil zu fällen, vor Erledigung der Verwaltungsfrage nicht entscheiden konnte, wie z. B. in dem Fall, wenn die Nothwendigkeit eines bestimmten öffentlichen Wegs bestritten war, dessen Unterhaltung von einem Dritten vermöge einer privatrechtlichen Pflicht zur Tragung des Aufwands auf die öffentlichen Wege einer Markung in Anspruch genommen wird.

Arbeit des Herrn Mitherausgebers eine in's Einzelne gehende Darstellung der Praxis des Obertribunals,[140] auf welche hier zu verweisen ist.

§. 8. Der Kompetenzkonflikt und der Einfluß der Parteibehauptungen auf die Zuständigkeitsfrage.

Ein Kompetenzkonflikt ist nach dem Ausgeführten überhaupt nur möglich, wenn das Verwaltungsgericht in Beziehung auf das einzelne zum Gegenstand eines Civilrechtsstreits gemachte subjektive Recht seine Zuständigkeit gegen den dasselbe für ein Privatrecht und daher seine Zuständigkeit behauptenden Civilrichter geltend macht oder gegen den die privatrechtliche Natur dieses Rechts und damit seine Zuständigkeit verneinenden Civilrichter verneint oder wenn die Verwaltungsbehörde gegen den Civilrichter bestreitet, daß ein subjektives, zur richterlichen Entscheidung sich eignendes Recht den Gegenstand des anhängigen Streites bilde. Hiebei können die im Widerspruch befindlichen Staatsorgane darüber einig sein, daß überhaupt nur ein rechtlicher Anspruch in Frage stehe, oder sie können auch darüber im Widerspruch sein, ob der geltend gemachte Anspruch die Möglichkeit eines andern, denselben Zweck verfolgenden Anspruchs offen lasse oder nicht. Das erste ist z. B. der Fall, wenn A behauptet, das vom Staat erworbene Nutzungsrecht an einem Bache sei ein Privatrecht, weil der Bach kein öffentliches Wasser sei, während das Verwaltungsgericht gegen den die Ansicht der Partei billigenden Civilrichter die öffentlich-rechtliche Natur des Wassers annimmt. Hier ist kein Zweifel, daß es sich nur um ein subjektives Recht handelt, welches, je nachdem das Wasser ein öffentliches oder Privatwasser ist, seiner innern Natur nach ein öffentliches oder ein Privatrecht ist. Der zweite

[140] Dieses Archiv a. a. O. S. 26, 34.

Fall liegt vor, wenn der Civilrichter davon ausgeht, daß mit der Entscheidung über das bei ihm in Streit gezogene subjektive Recht über ein zweites öffentliches, bei dem Verwaltungsrichter zu verfolgendes Recht nicht entschieden sei, während der Verwaltungsrichter die Trennbarkeit bestreitet, die Identität behauptet, oder umgekehrt. Dieß ist z. B. denkbar, wenn eine Gemeinde gegen eine andere auf Unterhaltung eines öffentlichen Weges auf Grund eines Vertrages bei dem Civilrichter klagt und der Civilrichter hierin eine von der öffentlich-rechtlichen Unterhaltungspflicht ganz unabhängige Verbindlichkeit erblicken will, während der Verwaltungsrichter davon ausgeht, daß der Vertrag nicht ein selbstständiges Recht erzeugt habe, sondern sich auf dem Boden der öffentlich-rechtlichen Pflicht beider Gemeinden zu deren Regelung bewege. Kein Kompetenzkonflikt ist es aber, wenn der Civil- und der Verwaltungsrichter darüber einig sind, daß die bei jedem derselben anhängig gemachte Klage zwei verschiedene Rechte, wenn gleich aus demselben Anlaß oder mit demselben Endzweck zum Gegenstand habe, auch wenn jeder derselben, der erste, weil er kein Privatrecht, der letztere weil er kein öffentliches Recht für erwiesen hält, die Klage abweist, oder wenn jeder derselben der Klage Statt gibt (vgl. §. 6). Daß hiebei stets das Vorbringen der Partheien von wesentlichem Einfluß auf die Kompetenzfrage ist, liegt auf der Hand. Eine weitere Erörterung der Lehre von den Kompetenzkonflikten gehört jedoch nicht hierher und was die Frage betrifft, welchen Einfluß das Vorbringen der Partheien auf die Kompetenz übt, so kann dieselbe eingehender, als dieß schon früher geschehen ist,[141] nur nach Feststellung der Grenze zwischen Verwaltungsjustiz und Verwaltung erörtert werden. Daß es keine Prorogation auf das Civilgericht in Fällen gibt, in welchen der Civilrechtsweg ausgeschlossen ist,[142] und

---

[141] Von Dr. **Kübel** dieses Archiv, V, S. 235 u. f.; von dem Verfasser, dieses Archiv XIV, S. 43.

[142] Dieses Archiv Bd. IX, S. 48.

daß der Civilrichter seine Zuständigkeit von Amtswegen zu prüfen hat, ist anerkannt.

Zur Lehre vom Armenrecht. Verpflichtung des Armenanwalts, die Sache zu vertreten.

Von Herrn Kreisrichter G. Pfizer in Ulm.

Der Grundsatz, daß dem Armen wie dem Reichen Recht zu sprechen sei, hat in Deutschland schon seit langer Zeit zu dem weiteren Satz geführt, daß einer Partei, welche bestimmten Erfordernissen der Prozeßgesetze wegen Armuth nicht zu genügen vermag, diese Anforderungen nachgelassen werden; und wohl ebenso alt ist der Grundsatz, daß einer solchen Partei nach Lage der Sache von Amtswegen ein Anwalt beigegeben wird, welcher seine Gebühren der Partei anzuborgen hat; wo Anwaltszwang besteht, ist die Aufstellung eines Armenanwalts ein nothwendiger Bestandtheil des Armenrechtes.

Eine bestrittene Frage dagegen ist es, ob die Behörde, bezw. das Gericht, welchem die Verwilligung des Armenrechtes zusteht, diese Verwilligung von einer Prüfung der Rechtmäßigkeit der Sache abhängig machen dürfe oder solle. Die württembergische Civilprozeßordnung hat die Frage verneint;[1] ebenso verneint sie der (neue) Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung, und die Verneinung erscheint mindestens da, wo die Verwilligung des Armenrechtes dem Prozeßgericht zusteht, schon aus dem Grund gerechtfertigt, daß das Gericht, welches sich vor der Verhandlung über die Rechtmäßigkeit eines Anspruches — wenn auch nur vorläufig und bedingt — ausspricht, leicht in eine schiefe Stellung zur Gegenpartei kommt.

Auch hat die sachliche Cognition für die Verwilligung

[1] Vergl. übrigens die Note am Schluß. (Anm. d. Red.)

des Armenrechtes allein, ohne Zutheilung eines Armenanwalts, keine große Bedeutung; das Interesse des Staates (wegen Sporteln u. dgl.) kann gegenüber der prinzipiellen Frage nicht in Anschlag kommen; der Privater aber hat an und für sich kein Recht, gegen grundlose oder muthwillige Angriffe geschützt zu werden und er wird sich — wie der Kommissionsbericht der Kammer der Abg. bemerkt — solcher Angriffe gewöhnlich leicht erwehren.

Etwas anders gestaltet sich die Sache auf dem Gebiete des Anwaltsprozesses; der Anwalt, dem die Führung der Sache der armen Partei zur Pflicht gemacht ist, darf, mag er den Anspruch seiner Partei für noch so unbegründet halten, den Prozeß nicht durch Verzicht, Vergleich oder Anerkenntniß erledigen; dieser in der Natur der Sache gelegene Satz ist ausdrücklich in der württ. Pr.O., Art. 168, Abs. 2, ausgesprochen und es wird anzunehmen sein, daß auch der deutsche Entwurf davon ausgeht, denn wenn derselbe auch den Unterschied zwischen General- und Spezialvollmacht nicht kennt, vielmehr der Partei, welche die Zulässigkeit der oben erwähnten Erledigungsarten ausschließen will, eine ausdrückliche Beschränkung der Vollmacht zur Pflicht macht, so ist doch nicht zu übersehen, daß die Bestellung als Armenanwalt keine Bevollmächtigung Seitens der Partei enthält. Tritt nun die arme Partei mit einem Anwalt auf, so wird sich die Gegenpartei, auch wenn kein Anwaltszwang besteht, regelmäßig veranlaßt sehen, auch ihrerseits einen Anwalt beizuziehen, wodurch ihr sofort mehr oder weniger erhebliche Kosten erwachsen, zu deren Ersatz ihr zwar der unterliegende Gegner rechtlich verpflichtet wird, welche sie aber gewöhnlich wegen dessen Mittellosigkeit wird auf sich leiden müssen.

Hierin liegt nun — die durchgängige sittliche Tüchtigkeit des Anwaltstandes vorausgesetzt — eine wirkliche Ungerechtigkeit gegen den Gegner der armen, ungerecht streitenden Partei, sofern diese besser gestellt ist, als der Reiche, der einen muthwilligen Streit führen will. Den

letzteren kann der Anwalt, wenn er die Sache für schlecht hält, mit seinem Gesuch um deren Uebernahme abweisen; wird derselbe von allen Anwälten aus diesem Grunde zurückgewiesen, so ist er in die Unmöglichkeit versetzt, seinen ungerechtfertigten Anspruch zu verfolgen, wogegen die arme Partei sicher wäre, ein Urtheil über ihre Forderung zu erlangen, wenn der Armenanwalt die Vertretung der Sache nicht ablehnen darf.

Handelt es sich um eine aus Gründen des Rechtes unhaltbare Sache, so wird allerdings für gewöhnlich die der Gegenpartei zugefügte Beschwerde nicht sehr bedeutend sein; allein bedeutend oder nicht: wenn der Staat in der Lage ist, einer gerechten Beschwerde vorzubeugen, so ist die Abhilfe seine Pflicht. — Die Sache kann aber auch mit anderen als rechtlichen Fehlern behaftet sein; um ein Beispiel aus dem Leben zu wählen, möge hier an einen in den letzten Jahren vor der Civilkammer des K. Kreisgerichtshofes in Tübingen verhandelten, in den öffentlichen Blättern mehrfach besprochenen Fall erinnert werden: Ein Bürger in Reutlingen, Besitzer eines Anwesens im Werth von 20 oder 40,000 fl., behauptete im Wirthshaus, ein Vertrag über Liegenschaft, der nicht vor der Obrigkeit, sondern im Wirthshaus geschlossen sei, sei ungiltig; ein anderer Gast widersprach, der Erstere erklärte, er lasse es auf die Probe ankommen, er verkaufe auf der Stelle dem Anderen sein Anwesen für 200 fl.; dieser ging darauf ein, und der Vertrag wurde in aller Form, unter Verzicht auf die Einrede der Verletzung zu Papier gebracht. Der Käufer klagte auf Erfüllung des Kaufes, dessen Giltigkeit nach strengem Recht schwer zu bestreiten war; er fand auch einen Anwalt, welcher seine Sache vertrat; für den württemb. Anwaltstand wäre es wohl ehrenvoller gewesen, wenn er keinen gefunden hätte.

Wäre hier zufällig der Käufer wirklich arm und nicht vermögend gewesen, dem Anwalt für das taxmäßige Honorar Sicherheit zu gewähren, so würde er schwerlich einen

Anwalt gefunden haben, welcher blos im Interesse der Gerechtigkeit und ohne Aussicht auf eigenen Gewinn die Sache übernommen hätte. Wenn er sich nun aber — unfähig, seine Sache selbst zu führen — mit der Bitte um Aufstellung eines Armenanwaltes an das Gericht wandte, so mußte dieses nach den Vorschriften der Prozeßordnung dem Gesuch entsprechen.

Ist nun in einem solchen Fall, wie in dem anderen, wenn die Sache der armen Partei augenscheinlich unhaltbar ist, der aufgestellte Armenanwalt zu deren Vertretung verpflichtet, ist er gehalten, im ersteren Falle gegen seine sittliche Ueberzeugung einer turpis causa zum Sieg zu verhelfen, im anderen sich der Gefahr auszusetzen, vom Publikum, welches die Verhältnisse nicht kennt, für bornirt gehalten zu werden? Eine Antwort auf diese Frage gibt weder das württembergische Gesetz noch der deutsche Entwurf; die Bestimmung des Art. 168, Ziff. 3 der württ. C.Pr.O., wonach „aus erheblichen Gründen die Partei von dem bestellten Anwalt verbeten werden kann," wird nicht als Antwort auf diese Frage aufgefaßt werden können, denn aus dem Bericht der Kommission der K. d. A., welche die Aufnahme dieses Passus beantragt hat, geht hervor (wie es auch der Wortlaut ergibt), daß hier ein Ablehnungsrecht nur aus solchen Gründen statuirt wird, welche in den persönlichen Verhältnissen des Anwalts zu den Parteien liegen. [2]

Wenn obige Frage bejaht wird, so entsteht die weitere Frage, welche Mittel zur Abhilfe gegen die aus der Bejahung unzweifelhaft sich ergebenden Uebelstände das Gesetz darbietet; wird die Frage verneint, so handelt es sich darum, die Voraussetzungen festzustellen, unter welchen der aufgestellte Armenanwalt die Vertretung der Sache abzulehnen befugt ist.

---

[2] Dieß scheint nicht außer allem Zweifel zu sein. S. unten Note 3. (Anm. d. Red.)

Aus Anlaß des Ausschlusses einer sachlichen Prüfung durch das um Verwilligung des Armenrechtes angegangene Gericht behandeln sowohl die Motive des württ. Gesetzes als die des deutschen Entwurfs die Mittel, wodurch einer frivolen Prozeßführung unter dem Schutze des Armenrechtes begegnet werden könne und durch welche auch dem „Anwalt wider Willen" zu helfen wäre. Die Mittel, welche an beiden Orten vorgeschlagen werden, sind von einander sehr verschieden und haben nur das Eine gemein, daß beide entweder verwerflich sind oder nichts nützen. — Die Motive zur württ. Pr O. weisen auf den Art. 174, Ziff. 3 hin, wonach „Parteien, welche das Armenrecht zu offenbar grundloser Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung mißbrauchen, im Endurtheil mit angemessener Gefängnißstrafe innerhalb der Disziplinarstrafbefugniß des Prozeßgerichts belegt werden" sollen. Die Motive zum deutschen Entwurf aber glauben, daß einem Mißbrauch in genügender Weise dadurch vorgebeugt werde, daß das Prozeßgericht die Frage, ob die Armuth der nachsuchenden Partei wirklich nachgewiesen sei, streng prüfen und das Armenrecht zu jeder Zeit wegen Mangels der Voraussetzung wieder entziehen könne.

Was zunächst das württembergische Mittel betrifft, so sind dessen Fehler, daß es 1) in den Fällen, wo die Sache mit moralischen Mängeln behaftet ist, gar nicht anwendbar ist, wofern die arme Partei nur obsiegt, 2) in jedem einzelnen Fall erst dann zur Anwendung kommen kann, wenn das Uebel geschehen ist, und 3) dem Prinzip, worauf das Armenrecht beruht, dem gleichen Rechtsschutz für Arme und Reiche widerspricht; denn so lang der Reiche die frivolsten Prozesse ungestraft führt (was in Württemberg in I. Instanz der Fall ist), so lange erscheint die Strafe, welche den Armen wegen eines nicht in höherem Grad frivolen Prozesses trifft, nicht als Strafe des muthwilligen Streitens, sondern als Strafe der Armuth. Die Remedur des deutschen Entwurfes ist werthlos, wenn der

Richter bei der „strengen Prüfung" stets eingedenk ist, daß er nach dem Gesetz nur die Frage der Armuth, nicht die Frage der Rechtmäßigkeit des Anspruches der armen Partei zu prüfen hat, wenn sie Bedeutung haben soll, so führt sie zur Unwahrheit, die sachliche Prüfung, welche ausgeschlossen worden ist, wird auf einem Umweg wieder eingeführt, dem Richter wird nahegelegt, das Vorhandensein der Armuth nur darum zu verneinen, weil er die Sache der armen Partei für schlecht hält.

Das Prinzip, daß der um Ertheilung des Armenrechts angerufene Richter sich einer sachlichen Prüfung zu enthalten habe, kann aufrecht erhalten und daneben die unnatürliche Zumuthung an den Anwalt, eine Sache gegen seine moralische oder rechtliche Ueberzeugung zu vertreten, aufgegeben werden, wenn dem Anwalt die Abhlehnung aus zureichenden Gründen gestattet wird. Das endgiltige Urtheil darüber, ob eine Sache von Haus aus unhaltbar oder ob deren Verfolgung, wenn auch nicht gesetzlich unstatthaft, doch contra bonos mores und einem anständigen Mann nicht zuzumuthen sei, kann aus naheliegenden Gründen nicht dem aufgestellten Armenanwalt überlassen werden; dagegen enthält dessen Ueberlassung an das Prozeßgericht keinen Widerspruch mit dem an die Spitze gestellten Grundsatz, daß der um Gewährung des Armenrechts angegangene Richter die Rechtmäßigkeit der Sache nicht zu prüfen habe; er gewährt das Armenrecht ohne diese Prüfung und gibt der armen Partei einen Anwalt in der Voraussetzung, daß sie nur ihrer Armuth wegen einen solchen nicht aufstellen könne. Führt der Anwalt den Nachweis, daß der Anspruch der armen Partei ganz unbegründet oder seine Verfolgung eines ehrenhaften Mannes unwürdig sei, so fällt jene Voraussetzung weg, die arme Partei ist nun allerdings ohne Anwalt, aber nicht weil sie arm, sondern weil ihre Sache schlecht ist, sie ist in keiner schlechteren Lage, als die reiche Partei, die aus diesem Grunde keinen Anwalt findet, und welcher der

Richter ja auch nicht zu einem Anwalt hilft; und wie der Anwalt einer vermöglichen Partei berechtigt ist, sofort das Mandat zu kündigen, wenn sich herausstellt, daß die Partei ihn durch lügnerische Darstellung des Sachverhalts zur Uebernahme des Auftrages veranlaßt hat (in welchem Falle die Partei schwer einen andern Anwalt bekommen wird), so muß auch dem Gerichte das Recht gegeben sein, den Armenanwalt auf dessen Antrag der Verpflichtung zur Vertretung der Sache zu entheben, wenn sich, sei es von Anfang an oder im Laufe des Prozesses, deren Unwerth evident herausstellt. — Ein Mißbrauch des Ablehnungsrechtes ist wohl nicht zu befürchten, denn wenn die Voraussetzungen desselben nicht ganz auf der Hand liegen, wird der Anwalt lieber die Vertretung der Sache übernehmen, als sich der Mühe unterziehen, eine *vor jeder Prüfung stichhaltige* Darstellung der Unhaltbarkeit derselben zu fertigen. Liegen aber einmal jene Voraussetzungen vor und wird dem Ablehnungsgesuche stattgegeben, dann besteht die Beschwerde der armen Partei nur darin, daß es ihr nicht, wie einem Reichen, möglich sei, einen gewissenlosen Vertreter aufzustellen; und eine solche Beschwerde ist keine.

Ob die hier vertheidigte Behandlungsweise nach der württemb. Prozeßordnung statthaft ist, mag dahin gestellt bleiben;[3] beim Erlaß einer Anwaltordnung wäre die

[3] Der Abs. 3 des Art. 168 der Württ. Civ.Pr.O. bestimmt, daß der bestellte Anwalt aus erheblichen Gründen von der Partei, ebenso die Partei von dem bestellten Anwalt verbeten werden kann, worüber das Prozeßgericht endgiltig entscheidet. Das Recht der Ablehnung von Seiten des Anwalts kannte der Entwurf nicht. Es wurde auf Antrag der Justizgesetzgebungskommission in den Art. 168 aufgenommen. Der Bericht bemerkt zu dessen Begründung: Welche Gründe erheblich sind, hat das Prozeßgericht zu würdigen; die *bloße Anführung*, daß der Anwalt die Sache für grundlos halte, *ohne nähere Begründung dieser Ansicht* genügt nicht, da sonst ein bequemes Mittel, die Führung eines Armenprozesses abzulehnen geschaffen wäre. (Die neue Justizgesetzgebung des K.R. Württem-

Gelegenheit zur gesetzlichen Regelung der einschlägigen Fragen geboten. Zum Schluß sei nur noch auf die Analogie der Offizialvertheidigung im Strafverfahren hingewiesen. Der Offizialanwalt hat das ganze vorliegende Material behufs der Vertheidigung sorgfältig zu prüfen, findet er aber keine Vertheidigungsgründe, sondern überzeugt er sich von der Schuld des Angeklagten, so ist ihm nicht zur Pflicht gemacht, gegen seine Ueberzeugung für ein Nichtschuldig zu plädiren.

Ueber die Successionsrechte der durch nachfolgende Ehe Legitimirten nach Oesterreichischem und Württembergischem Rechte.

(Entscheidung des Königlichen Obertribunals.)

Mitgetheilt von Herrn Rechtsanwalt Julius Jordan in Stuttgart.

Der Freiherr W. v. U. in P. beabsichtigte das in seinem Besitze und Genuße befindliche Freiherr v. U—'sche Lehen- und Stammgut P. zu verkaufen. Von dem K. Gerichtshofe in T. wurde hiezu auch die Beibringung des Konsenses von Seiten des außerehelich geborenen, aber

---

berg. Bd. II, Abth. 2, S. 118). Sowohl nach dem Wortlaut des Gesetzes als nach dieser Begründung des Kommissionsantrages wird daher der legislative Vorschlag des Herrn Verfassers als dem bestehenden Rechte in Württemberg entsprechend bezeichnet werden können, obwohl der Herr Verfasser bezüglich des württ. Rechts zu einem andern Ergebniß oben gelangt ist. Wenn sich der Anwalt die Partei aus erheblichen Gründen verbitten kann, und wenn diese Gründe auch in der näheren Begründung der Grundlosigkeit des Anspruches liegen können, wie die Kommission angenommen hat, so ist für den Anwalt die Möglichkeit gegeben, die Zurücknahme des Auftrages durch das Gericht auch aus sachlichen Gründen zu erwirken — Ob diese Ansicht mit Art. 163 in Vergleichung mit den Motiven und Kommissionsbericht (die neue Justizgesetzgebung, Bd. II, Abth. 3, S. 55, 56, Abth. 3, S. 115, 116), sich vereinigen lasse, dürfte zu bezweifeln sein. (K.)

durch nachfolgende Ehe legitimirten Freiherrn M. O. v. U. in Fr. verlangt. Da jedoch ein gütliches Uebereinkommen hierüber nicht erzielt werden konnte, so sah sich Freiherr W. v. U. veranlaßt, gegen seinen Vetter bei dem K. Kreisgerichtshofe zu T., in dessen Bezirke P. liegt, mit einer Negatorienklage aufzutreten und das Gesuch zu stellen, daß demselben, als außerehelich geboren und erst durch nachfolgende Ehe legitimirt, ein Anrecht auf das Lehengut P. nicht zustehe. In thatsächlicher Beziehung ist in dem vorliegenden Rechtsstreite zwischen den Parteien nicht bestritten, bezw. erwiesen: 1) daß der Beklagte unehelich geboren, aber durch nachfolgende Ehe legitimirt ist; 2) daß das Rittergut P., in dessen Besitz und Genuß der Kläger nach dem Tode seines Vaters succedirte, von einzelnen dazu gehörigen allodialen, d. h. nicht lehenbaren, Bestandtheilen abgesehen, unter Oesterreichischer Lehensherrlichkeit gestanden (dasselbe wurde nach einer in II. Instanz vorgelegten Abschrift des Lehensbriefes im Jahre 1723 von Kaiser Karl VI. dem Freiherrn Marquardt von U. für sich, seine Erben und Agnaten zu einem ordentlichen Oesterreichischen Mannlehen verliehen), daß demgemäß das Lehen von dem Vorderösterreichischen Lehenshofe relevirte, sowie, daß die Krone Württemberg auf Grund des Preßburger Friedens und der Rheinischen Bundesakte sich an demselben die Lehensherrlichkeit mittelst Erlassung des Königlichen Patentes vom 16. Dezember 1806 aneignete; 3) daß vermöge Königlicher Entschließung vom 21. August 1849 dieses Ritterlehen mit den übrigen kronlehenbaren Besitzungen des Freiherrn v. U., jedoch unter ausdrücklichem Vorbehalte der Rechte der Agnaten allodifizirt wurde.

Kläger hat sein Gesuch in I. Instanz damit begründet, daß Bekl. als durch nachfolgende Ehe legitimirt, nach den Bestimmungen des richtig verstandenen, gemeinen, wie des Oesterreichischen und Württembergischen Lehenrechtes successionsunfähig sei und zwar wurde sich bezüglich des

Württembergischen Rechtes speziell auf eine herzogliche Signatur vom 25. Juni 1756 folgenden Inhalts berufen:

„Demnach schon von uralten Zeiten her bei dem hochfürstlichen Lehenhof legis et observantiae ist, daß von denen Vasallen außer der Ehe erzeugten Kinder, wenn auch gleich solche per subsequens matrimonium oder sonsten legitimirt worden wären, vor unfähig aller Succession in denen von dem Hochfürstlichen Haus und dem Herzogthum relevirenden Lehen zu achten und davon gänzlich ausgeschlossen werden, als haben des regierenden Herrn Herzogs zu Württemberg Hochfürstliche Durchlaucht aus gewisser Gelegenheit sich veranlaßt gesehen, alle und jede dero Vasallen ausdrücklich dessen zu erinnern und zu verwarnen, um sich nach solchem Lehenrecht und observanz in vim sanctionis perpetuae selbst achten zu können."

Durch Erkenntniß des K. Kreisgerichtshofes zu T. vom 2. Oktober 1871 wurde der Kläger unter Verfällung in die Prozeßkosten mit seiner Klage abgewiesen und zwar aus folgenden Gründen:

1) Im vorliegenden Falle könne die vielerörterte Frage, ob die in l. 2, feud. 26, §. 10 ausgesprochene, den Grundsätzen des älteren deutschen Rechtes gemäße Ausschließung aller nicht in der Ehe geborenen Kinder von der Succession in Ritterlehen, Angesichts der mit dem Eindringen des kanonischen und später des römischen Rechtes, wenigstens seit dem 16. Jahrhundert durch nachfolgende Ehe zu gewohnheitsrechtlicher Geltung gelangten Gleichstellung derselben mit den in der Ehe erzeugten oder doch geborenen Kindern, sich jetzt noch in dem Bereiche des gemeinen und Württembergischen Lehenrechtes als geltendes Recht erhalten habe, und welche Bedeutung insbesondere der oben erwähnten herzoglichen Signatur vom 25. Juni 1756 beizulegen sei, dahin gestellt bleiben. Es sei nämlich das Rittergut P. ein vorderösterreichisches Lehen gewesen und es sei daher, da durch die mittelst des Patentes vom 16. Dezember 1806 vollzogene Okkupation

der Lehensherrlichkeit an den durch die ursprüngliche Lehensbelehnung, beziehungsweise das bisher geltende Lehenrecht begründeten Successionsrechten der damaligen und künftigen Lehensanwärter (ex pacto et providentia majorum) nichts habe geändert werden können oder wollen, auch die Frage von der Lehenssuccession einzig und allein nach Oesterreichischem Rechte zu beurtheilen. Nach diesem seien aber zu Anfang dieses Jahrhunderts, namentlich auch in den vorderösterreichischen Gebieten, wie aus folgenden Rechtsquellen sich ergebe —

Projekt einer Oesterreichischen Lehensordnung von 1582, Tit. 33;

Oesterreichische Landtafel von 1571;

Oesterreichische Erbfolgeordnung von 1720;

Entwurf einer allgemeinen Oesterreichischen Lehensordnung von 1806;

Oesterr. allgem. bürgerl. Gesetzbuch §. 161 und 752; vergl. §. 162 und 753 —

soweit nicht spezielle Normen einer einzelnen Lehenkurie entgegenstanden, die durch nachfolgende Ehe legitimirten Kinder den in der Ehe geborenen selbst bei der Succession in Ritterlehen vollkommen gleichgestellt gewesen und es sei hienach die Klage vom Standpunkte des Lehenrechtes nicht begründet.

2) Es sei jedoch von dessen Anwendung überhaupt abzusehen, da in Folge der im Jahre 1849 erfolgten Allodifikation das Rittergut P. nur noch den Charakter eines Familienfideikommißgutes an sich trage und nach der richtigen, von der weitaus größeren Anzahl auch der neuesten Rechtslehrer vertheidigten Ansicht, eine Ausschließung der Mantelkinder bei den Stammgütern und Familienfideikommissen des niederen Adels nicht stattfinde, eine Ansicht, die auch von der Württembergischen Gerichtspraxis stets festgehalten worden sei.

Gegen dieses Erkenntniß wurde die Berufung an die Civilkammer des K. Obertribunals erhoben und zu Be-

gründung derselben bei der Verhandlungstagfahrt von dem Anwalte des Berufungsklägers Nachstehendes vorgetragen:

I. Die Annahme des Unterrichters, daß durch die Allodifikation die Lehens-Qualität des Gutes auch in Beziehung auf die agnatische Successionsberechtigung aufgehört habe, sei unrichtig. Es werde zwar durch die Allodifikation der Uebergang des Lehens in ein Stammgut bewirkt, aber ohne eine Aenderung oder Minderung der aus der früheren Lehensverbindung begründeten Rechte der Agnaten, namentlich auch nicht ihrer Berechtigung zur Ausschließung der nach den Grundsätzen des Lehenrechtes nicht qualifizirten Lehensfolger; ein allodifizirtes Lehen behalte daher in Rücksicht der Agnaten alle Eigenschaften eines Lehens. [1] Da nun überdieß die Allodifikation des Rittergutes P. unbestrittenermaßen unter ausdrücklichem Vorbehalte der Rechte der Agnaten erfolgt sei, so sei das Successionsrecht des Beklagten unzweifelhaft nach den Grundsätzen des Lehenrechtes zu beurtheilen.

II. Nach den heutigen Tages noch geltenden Bestimmungen des gemeinen vorderösterreichischen und Württembergischen Lehenrechtes sei aber die Successionsfähigkeit des durch nachfolgende Ehe legitimirten Beklagten zu verneinen.

Gemeinrechtlich sei die Frage allerdings eine sehr bestrittene und richtig sei, daß ungeachtet der positiven Gesetzesstellen, durch welche die sogenannten Mantelkinder in unzweifelhafter Weise von der Lehensfolge ausgeschlossen würden:

Lib. II, Feudorum tit. 26, §. 10, „naturales filii licet postea fiant legitimi, ad successionem feudi nec soli nec cum aliis admittuntur.“

---

[1] Berufen wurde sich auf Eichhorn, deutsches Privatrecht, §. 241; Heffter, die Erbfolgerechte der Mantelkinder, S. 26 und 45; Michaelis, Votum über den Bentink'schen Rechtsstreit, S. 59, Note 57.

Schwabenspiegel Art. 376;
Sachsenspiegel B. 1, Art. 27 und 36;
Sächsisches Lehenrecht Art. 2.

„All die unächt geboren sind, sollen Lehenrechts darben,“

eine Reihe von Schriftstellern und an ihrer Spitze Diek, in seinen beiden bei Gelegenheit des Gräflich Bentink'schen Rechtsstreites geschriebenen Monographien: „Ueber das Erbrecht der Mantelkinder“ und „Ueber die Gewissens-Ehe,“ sich unter Berufung auf das kanonische und römische Recht, wornach die Legitimation die vollen Rechte der ehelichen Geburt gewährt, sowie unter weiterer Berufung auf die bei den Juristen seit dem 16. Jahrhundert bestehende communis opinio und die Entscheidung der Gerichte, namentlich des Reichshofrathes und des Reichskammergerichtes zu Gunsten der Mantelkinder ausgesprochen hätten.

Es sei aber, wie dieß namentlich von Heffter, Erbrecht der Mantelkinder, und den dort zitirten Schriftstellern in Wilda und Reyscher's Zeitschrift, Bd. 3 und 4, ausgeführt werde, der entgegengesetzten, auf Ausschluß der Mantelkinder gerichteten Ansicht beizupflichten.

Denn wenn sich auch nicht in Abrede ziehen lasse, daß, namentlich im 16. Jahrhundert, die erstere Meinung stark vertreten gewesen sei, so stehe doch, wie Diek selbst zugebe, fest, daß sich die entgegengesetzte Theorie nicht nur schon damals geltend gemacht, sondern mit dem fortschreitenden Studium des deutschen Rechtes nicht nur immer mehr Anhänger gewonnen habe, worunter namentlich auch Gerber, System des deutschen Privatrechtes, 9. Aufl., §. 268, sondern sogar die überwiegende geworden sei.

Von einer communis opinio könne daher keine Rede sein und ebensowenig von einer feststehenden Praxis der Gerichte. In letzterer Beziehung wurde sich darauf berufen, daß die beiden Entscheidungen, auf die sich Diek namentlich stütze, nämlich die des Reichshofgerichtes und

des Reichskammergerichtes nur in possessorio ergangen seien, daß aber auf der andern Seite eine Reihe von Entscheidungen deutscher Gerichtshöfe und Juristen-Fakultäten aus älterer und neuerer Zeit vorlägen, welche sich gegen die Lehensfolgerechte der Mantelkinder ausgesprochen hätten, so z. B. Entscheidungen der Obergerichte zu Celle und Kassel.

Ein feststehendes anerkanntes Gewohnheitsrecht, das den positiven gesetzlichen Bestimmungen derogire, existire also nicht und der Richter müsse daher seiner Entscheidung nur die letzteren zu Grund legen, also dem Beklagten jedes Anrecht auf das Rittergut P. absprechen.

III. In dem vorliegenden Falle habe man aber gar nicht nöthig, auf das gemeine Recht zurückzugreifen, denn, da, wie aus dem vorgelegten Lehenbriefe von 1723 hervorgehe, das Rittergut P. ein Kaiserlich Oesterreichisches Kronlehen gewesen sei und von dem vorderösterreichischen Lehenhofe relevirt habe, so seien bezüglich der Successionsrechte des Beklagten die dießfallsigen Oesterreichischen lehenrechtlichen Bestimmungen maßgebend.

Nun sei aber in der K. Oesterreichischen Hofentschließung vom 20. März 1756 folgenden Inhalts:

„Maria Theresia von Gottes Gnaden Römische Kaiserin 2c. 2c. Hoch- und Wohlgeborene und Liebe Getreue:

Wir haben uns gnädigst entschlossen, von Landesfürstlicher und Lehensherrlicher Machtvollkommenheit wegen, in Vim Sanctionis pragmaticae anmit zu statuiren, daß von nun an in Unsern Oesterreichischen und Vorder-Oesterreichischen ein außer der Ehe erzeugter, wann er auch per subsequens Matrimonium legitimirt wäre, keineswegs Lehenssuccessionsfähig sein, sondern von all denen Lehen, so von Unseren Oesterreichischen und Vorder-Oesterreichischen Lehenhöfen herrühren und auf ihre Erbweis geliehen, gänzlich ausgeschlossen werden solle. Welchemnach dann ihr diese Unsere Gesetzmäßige

höchste Entschließung bei dem euch anvertrauten Lehenhof behörig vormerken zu lassen, und damit derwider unter keinerley Vorwand gehandelt werde, genaue Obsorg zu tragen, solche auch, wann und wo ihr es allenfalls für nöthig findet, kund zu machen mit Unser Repräsentation, ohne welcher Vorwissen keine Publikation zu machen kommet, euch einzuvernehmen, die Publikation jedoch, weilen es auch fremde Vasalle betrifft, von Lehens Hof aus wegen, zu veranlassen wissen werdet — — —" die Lehenssuccessionsunfähigkeit der Mantelkinder klar ausgesprochen, und daß diesem Dekrete Gesetzeskraft zukomme, sei nach Mertens Grundsätze des gemeinen Lehenrechtes, §. 235 nicht zu bezweifeln. Diek selbst habe in seiner Monographie über die Gewissens-Ehe, S. 152, dieß anerkannt, indem er von dieser Verordnung, sowie von einer weiteren Holstein'schen Verordnung vom Jahr 1778 als von „Gesetzen" gesprochen habe, die dem gemeinen Rechte derogirt hätten.

Ebensowenig sei aber auch ein diese Hofentschließung abänderndes Gesetz ergangen, und mit Unrecht habe der Unterrichter aus den von ihm zitirten österreichischen Rechtsquellen die Erbfolgefähigkeit des Beklagten darzuthun gesucht, denn theils seien es bloße Entwürfe, theils sei in den betreffenden Gesetzen, wie z. B. in der Oesterreichischen Erbfolgeordnung von 1720, die überdies durch das Josephinische Erbfolgepatent vom 11. Mai 1786 wieder aufgehoben worden sei, sowie in dem Oesterreichischen bürgerl. Gesetzbuche von der Lehenssuccession gar nicht die Rede.

Auch ein entgegenstehendes Gewohnheitsrecht sei nicht zur Geltung gelangt. Der Kaiserliche Statthalter von Tyrol und Vorarlberg habe zwar in einem Schreiben vom 10. November 1871, womit er dem klägerischen Anwalt die Abschrift der erwähnten Hofentschließung vom 20. März 1756 überschickte, bemerkt, „daß in der Praxis und im Gnadenwege von deren Bestimmungen mitunter Umgang genommen worden sei", allein da sich auf bestimmte Fälle

nicht bezogen sei, so sei hiedurch eine der Hofentschließung derogirende Praxis nicht nur nicht konstatirt, sondern es ergebe sich vielmehr gerade aus den bezeugten Gnaden-Akten die fortdauernde Giltigkeit des Gesetzes.

Es ergebe sich aber auch

IV. aus dem Württembergischen Rechte und speziell aus der oben wörtlich angeführten Herzoglichen Signatur vom 25. Juni 1756 die Successionsunfähigkeit des Beklagten. Die Gesetzeskraft derselben lasse sich nach Wächter, (Württ. Privatrecht, Bd. I, §. 55), nicht bestreiten, sie sei auch, wie von Reyscher in der von ihm und Wilda herausgegebenen Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. VII, S. 342 und 327, angeführt werde, in einem Informativgutachten der Tübinger Juristen-Fakultät vom 13. November 1838, und ebenso von dem K. Lehenrathe in einer Note vom 7. Nov. 1838 anerkannt, und eine entgegenstehende Praxis in Württemberg sei in keiner Weise nachgewiesen.

Ihrem Wortlaute nach beziehe sich aber diese Signatur auf alle der Krone Württemberg untergebenen Vasallen, welche eigentliche Lehen besitzen und zwar nicht nur auf die Leheninhaber zur Zeit der Erlassung des Gesetzes, sondern auch auf die zukünftigen, und es sei daher, da nach dem Patente vom 16. Dez. 1806 das Obereigenthum an dem in Frage stehenden Lehen mit allen dem Obereigenthümer gegen den Lehensmann zustehenden Rechten auf die Krone Württemberg übergegangen sei, deren Anwendbarkeit auf den vorliegenden Fall nicht zu bezweifeln.

V. Es komme aber noch in Betracht, daß der in zweiter Instanz vorgelegte, mit dem Lehenbriefe verbundene Revers vom 6. Sept. 1723 ausdrücklich besage, daß dem Lehensstifter und seinen „eheleiblichen Erben" das Lehen verliehen worden sei, womit klar ausgesprochen sei, daß nur die ehelich Geborenen erbfolgeberechtigt sein sollten.

Zur Unterstützung diene noch, daß auch der Lehen-

brief vom 26. Nov. 1622, betr. die Belehnung des Freiherrn H. L. v. U. mit Herrschaft und Schloß E. zu wiederholtenmalen als successionsberechtigt die „ehelich geborenen“ Kinder nenne und daß ebenso in dem Familienvergleich in Betreff der Freiherrlich v. U . . .'schen Herrschaft M. vom 11. Nov. 1753 von der Succession der „ehelich männlichen Erben“ die Rede sei.

Von dem Vertreter des Beklagten wurde sich dagegen im Wesentlichen auf die Entscheidungsgründe des Unterrichters berufen und nur noch beigefügt, daß, wie bekannt, die spätere Oesterreichische, insbesondere die Josephinische Gesetzgebung humaneren Anschauungen gefolgt sei, und daß die im Landrechte vollzogene vollständige Beseitigung des der unehelichen Geburt anklebenden Makels auch gegenüber der Verordnung der Kaiserin Maria Theresia wirksam geworden sei.

Letztere habe überdieß nie Gesetzeskraft erlangt, sei aber jedenfalls nach dem Zeugnisse des Statthalters von Tyrol durch die Praxis beseitigt und habe sich überhaupt nur auf den hohen Adel bezogen.

Aus den vorgelegten Urkunden aber ergebe sich nicht der Beweis eines gegen die Rechte des Beklagten sprechenden Familien-Herkommens, denn weder der Lehenbrief noch der überhaupt nicht maßgebende Revers enthalten eine Bestimmung darüber, daß die Successionsfähigkeit durch Geburt in der Ehe bedingt sei und die beiden anderen Urkunden hätten auf den vorliegenden Fall keinen Bezug.

Von der Civilkammer des K. Obertribunals wurde hierauf unter Abänderung des Erkenntnisses I. Instanz erkannt:

> „daß dem Beklagten ein Nachfolgerecht in das Familiengut P. nicht zustehe“

und zwar aus folgenden Gründen:

I. Da auf den Umstand, daß unter dem dermalen in des Klägers Besitz und Genuß stehenden Familiengut P. einzelne vordem nicht lehenbar gewesene Bestandtheile be-

griffen sind, von keiner Seite Gewicht gelegt, namentlich irgend welche Selbstständigkeit dieser Gutsbestandtheile nicht geltend gemacht worden ist, so ist die bestrittene eventuelle Successionsberechtigung des Beklagten in das Familiengut lediglich nach den über seine Erbfolgefähigkeit in das allodifizirte Lehen entscheidenden Grundsätzen zu beurtheilen.

II. Mit Grund erachtet sich der Kläger für beschwert durch die Annahme des Unter-Richters, daß Beklagter, wenn er nicht schon successionsberechtigt gewesen wäre, jedenfalls durch die im Jahre 1849 erfolgte Allodifikation des Lehens, sofern dasselbe seitdem nur noch den rechtlichen Charakter eines Familienfideikommißguts trage, successionsfähig geworden sei.

Zwar ist in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Recht — (Lewis, Recht des Fam.-Fideikomm. 1868, S. 328 ff.; Beseler, deutsches Privatrecht, §. 169, N. 4—6, §. 176, N. 34; Gerber, deutsches Privatrecht, 10. Auflage, §. 274, N. 4) — für Württemberg die Successionsfähigkeit der durch nachfolgende Ehe Legitimirten in Familienfideikommißgütern des niederen Adels als Regel anzuerkennen (Entscheidung des Obertribunals vom 17. August 1841 in Reyscher's Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. VII, S. 340; Bolley, Entwürfe von Gesetzen 1835, S. 107). Dagegen kann der unbestrittenermaßen mit ausdrücklicher Vorbehaltung der Rechte der Agnaten vollzogenen Allodifikation des Lehens die Wirkung einer Veränderung der Erbfolgeberechtigung in der Weise, daß der wegen vorehelicher Geburt zur Succession unfähige Beklagte successionsfähig geworden wäre, d. h. eintretenden Falles den sonst zur Lehenfolge berufenen Agnaten ausschließen würde, nicht beigelegt werden. Allerdings wird durch die in der Allodifikation sich vollziehende Aufhebung des Lehensverbandes vermöge des Wegfalls der lehensherrlichen Rechte das Lehen in ein dem gewöhnlichen Familienfideikommiß verwandtes Familiengut umgewandelt, allein wo wie hier diese Aufhebung des Lehensverbandes

als einseitiger Privatakt sich darstellt, kann dadurch an den ihrer eigenthümlichen Natur nach von der Disposition des jeweiligen Lehensinhabers unabhängigen und gegen dessen Beeinträchtigungen geschützten Rechte der Agnaten nichts verändert werden und es gilt denn auch als anerkannter Rechtssatz, daß bei solcher Allodifikation das Lehen in Rücksicht auf die agnatischen Rechte vollkommen die Eigenschaften eines solchen, soweit sie ohne Dasein eines Obereigenthums denkbar sind, behält — (Pfeifer in Weiske's Rechtslexikon s. v. Lehensverwandlung, Bd. VI, S. 641; Beseler, a. a. O., §. 116, N. 33; Gerber, a. a. O., §. 137, N. 4; Lewis, a. a. O., S. 69—80, insbesondere N. 112, 134 und die bereits vom Kläger angeführten: Heffter, Erbfolgerecht der Mantelkinder, S. 45; Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht, §. 242; Michaelis in dem Votum über den Bentinck'schen Erbfolgestreit I, S. 59, N. 57). — Besondere Umstände, weßhalb auf das in Frage stehende Lehen dieser Satz nicht anwendbar sein sollte, sind von beklagter Seite nicht zur Sprache gebracht.

III. Nach lehenrechtlichen Grundsätzen ist aber der Beklagte zur Succession in das allodifizirte Lehengut P. unfähig.

Die Herzogliche Signatur vom 25. Juni 1756 hat die durch nachfolgende Ehe Legitimirten von der Succession in solche Kronlehen, welche die Eigenschaft von Ritterlehen haben, ausgeschlossen, wie dieß das Obertribunal schon in Entscheidungen vom 29. Juni 1841 und vom 17. August 1841 (in Reyscher's Zeitschrift, Bd. VII, S. 321—329) ausgesprochen hat, wo auch die bereits vom klägerischen Anwalt angeführte Aeußerung des Königl. Lehenrathes vom 7. Nov. 1838 erwähnt ist, daß von ihm die Frage, ob bei Königlichen Lehen ein außerehelich geborenes, jedoch per subsequens matrimonium legitimirtes Kind von der Succession in Lehen ausgeschlossen sei, nach den bei ihm von jeher unter Festhaltung des Lehentextes II. feud. 26 und in Gemäßheit der Signatur von 1756

in Absicht auf alle Königlichen Vasallen zur Anwendung gebrachten Grundsätze bejaht worden sei. (Vergl. Reyscher, Württemberg. Privatrecht Bd. III, §. 727, Note 9 und in der zit. Zeitschrift Bd. II, S. 217, wo die früheren Württembergischen Schriftsteller erwähnt sind, Bd. IV, S. 360 und Bd. VII, S. 341 ff.; Bolley, zit. Entwürfe, S. 107.) Zwar ist vom Unter-Richter richtig bemerkt, daß nicht durch das Königl. Patent vom 16. Dez. 1806, wodurch das Ritterlehengut P. zum Württembergischen Kronlehen gemacht wurde, an dem durch das bis dahin maßgebend gewesenen Lehenrechte, beziehungsweise durch die ursprüngliche Belehnung begründeten Successionsrechten der damaligen und künftigen Lehens-Anwärter etwas verändert worden sei. Eine andere Frage ist es jedoch, ob durch die hiernach geschehene Einführung des in Altwürttemberg geltenden Rechtes in die neuerworbenen Landestheile (vergl. hierüber die Instruktion für das Ober-Justiz-Kollegium vom 4. Mai 1806, §. 23, und für das Obertribunal vom 8. Mai 1806, §. 34, Manifest vom 27. Okt. 1810, Gesetz vom 12. Sept. 1814; Wächter in Sarwey's Monatschrift Bd. IV, S. 399 4 und Württ. Privatrecht Bd. I, S. 792 ff.) in Verbindung mit den in Betreff des begüterten Adels erlassenen Gesetzen (vgl. hierüber im Allg. Bolley zit. Entwürfe, S. 192 ff.; Wächter, Württ. Privatrecht Bd. I, S. 821—924 ff.), insbesondere durch die Königl. Normalverordnung vom 22. April 1808 Schlußsatz und die Königl. Deklaration in Betreff der staatsrechtlichen Verhältnisse des vormals reichsunmittelbaren Adels vom 8. Dezember 1821, §. 46; (vgl. auch die Königl. Deklaration, betreffend die staatsrechtlichen Verhältnisse des Fürstlichen Hauses Thurn und Taxis vom 8. August 1819, §. 58 und 59) die Herzogliche Signatur auf das dem Staatsgebiete einverleibte Lehengut P. anwendbar geworden ist.

Von dem Beklagten selbst ist aus dem Inhalt des Lehenbriefes nicht abzuleiten versucht worden, daß das zur

Zeit der Belehnung bezüglich der Successionsfähigkeit der Mantelkinder in Geltung gewesene Recht des damals mit dem oberösterreichischen vereinigten vorderösterreichischen Lehenhofes — letzterer ist im Jahre 1754 von dem oberösterreichischen in Innsbruck getrennt und nach Freiburg i. B., im Jahre 1793 sodann nach Constanz verlegt worden (Reyscher, Württ. Privatrecht, Bd. I, §. 48, Note 9; Mertens a. a. O., S. 306) — zur autonomischen Disposition bei der Lehensstiftung erhoben worden sei, und daß dasselbe demgemäß als durch besondere Willensbestimmung der Einwirkung blos ergänzender Rechtsnormen entzogene lex investiturae gegenüber der in Neu-Württemberg durch die angeführten Gesetzesbestimmungen vollzogenen Abänderung des Privatrechtes — in ähnlicher Weise wie dieß durch Art. 2 des Gesetzes vom 5. Sept. 1839 (vergl. hiezu Wächter im Archiv civil. Praxis, Bd. XIII, S. 46, Note 22) zugelassen ist — aufrecht erhalten werden müsse. In Ermanglung einer solchen, den Lehensfolger von dem Erforderniß vollkommener Ehelichkeit entbindenden autonomischen Disposition würde aber, da nach der angeführten Normalverordnung und Deklaration, abgesehen von den in den Lehensbriefen ausgedrückten Vorschriften nur das unbestrittene, einen Rechtstitel begründende Herkommen bei Kräften erhalten, im Uebrigen aber das Recht des K. Lehenhofes zur Anwendung gebracht werden soll, die Herzogliche Signatur auf die neu erworbenen Kronlehen, speziell das Rittergut P., anzuwenden sein, sofern nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen das (von der Doktrin zur Erklärung der kraft Gesetzes der Familie der Belehnten zustehenden Rechte als successio ex pacto et providentia majorum benannte) Lehenserbfolgerecht von der Veränderung der Gesetzgebung, auch wenn das neue Gesetz den Charakter einer lex cogens sich nicht beilegt, gleich dem allgemeinen Intestaterbrechte betroffen wird, auch nicht etwa daraus, daß das Gesetz vom 12. Sept. 1814, indem es in §. 9 für das Intestaterbrecht der Ehegatten die

fortdauernde Anwendbarkeit des am Orte der Eingehung der Ehe in Geltung gewesenen Statutarrechtes aufstellt, den Grund hiefür in einem hierauf abzielenden stillschweigenden Vertrage der Eheleute findet (Wächter, Württ. Privatrecht, Bd. II, S. 177, 105, auch Bd. I, S. 801) auf gleichheitliche Behandlung der Lehens-Erbfolge geschlossen werden darf (vergl. vielmehr die Bemerkung v. Georgii's in seiner die Motive des angeführten Gesetzes enthaltenden Abhandlung im Archiv für civil. Praxis, Bd. III, S. 170, Note 21).

IV. Uebrigens bedarf es der endgiltigen Feststellung der Anwendbarkeit der Herzogl. Signatur von 1756 zu Entscheidung der streitigen Frage nicht, da die in demselben Jahre ergangene Hof-Entschließung der Kaiserin Maria Theresia den Beklagten in gleicher Weise ausschließt. Auch hier ist von dem Beklagten, daß jedenfalls, als autonomische lex investiturae, das ältere Recht des Lehenhofes aufrecht zu erhalten wäre, nicht geltend gemacht worden; auch ließe sich in der That der kraft landesfürstlicher und landesherrlicher Machtvollkommenheit erlassenen Hofentschließung, welche von nun an von allen nach der Erbweise der Ober- und vorderösterreichischen Lehenhöfe verliehenen Lehen die Legitimirten gänzlich ausgeschlossen und darwider unter keinerlei Vorwand gehandelt wissen will, der Charakter einer unbedingt anzuwendenden Rechtsnorm, einer lex cogens, nicht bestreiten. Eine blose Vermuthung aus der Zuschrift des K. K. Statthalters zu Innsbruck ist die beklagtische Behauptung, daß diese Norm für die Angehörigen des hohen Adels ausschließlich erlassen sei, davon abgesehen, daß nach dem hier aufgestellten Unterscheidungsmerkmal der blosen Reichsunmittelbarkeit das Prädikat des hohen Adels auch der Freiherrlich von U.'schen Familie zukäme.

Der Unter-Richter ist, indem er die Kaiserliche Hofentschließung von 1756 ganz bei Seite ließ, wie es scheint

der Auktorität von Diek Beiträge Seite 301 und Gewissensehe S. 152, 161, wornach dieselbe nicht publizirt worden und in der Praxis nicht blos des oberösterreichischen, sondern auch des vorderösterreichischen Lehenhofes unberücksichtigt geblieben wäre, gefolgt. Allein nicht nur ist in dem im Jahre 1789 erschienenen Buche von Mertens, bei welchem als einem Lehenrechtslehrer an der K. K. hohen Schule zu Freiburg, dem damaligen Sitze des vorderösterreichischen Lehenhofes, genaue Kenntniß des bei demselben geltenden partikulären Lehenrechtes vorauszusetzen ist, die genannte Hofentschließung (es war dieß überhaupt die übliche Form der Erlassung von Rechtsnormen für den Lehenhof) auf Seite 134 als geltendes Recht angeführt und dieselbe in Petzek's systematisch chronologischer Sammlung der vorderösterreichischen Gesetze 1792, Abth. 1, Bd. II, S. 657, aufgenommen, sondern es geht auch die Statthalterei zu Innspruck in ihrer Zuschrift davon aus, daß diese Verordnung Gesetzeskraft erlangt hat, wogegen durch die Bemerkung, daß in der Praxis und im Gnadenwege mitunter davon Umgang genommen worden sei, ein derogirendes Gewohnheitsrecht keineswegs konstatirt ist. Der Entwurf zur allgemeinen österreichischen Lehenordnung von 1806 (Diek, Beiträge, S. 275) und das österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch von 1811, das zudem gleich dem Josephinischen Erbfolgepatent von 1786 (ib. S. 102, 274) nur über Allodialverlassenschaften disponirt, sind für den vorliegenden Fall nothwendig ohne alle Bedeutung.

V. Ist aber hienach die Successionsfähigkeit des Beklagten in das Familiengut P. vom Standpunkte des Gesetzes zu verneinen, so war, ohne daß es noch einer Feststellung bedarf, inwieweit zugleich die Ausschließung der Mantelkinder durch Familienstatute festgesetzt ist, unter Abänderung des unterrichterlichen Urtheils zu Gunsten des Klägers zu erkennen.

Mittheilungen aus der Rechtsprechung des Obertribunals in Civilsachen.

Mit Bemerkungen.

(Von Dr. Kübel.)

A. Civilrecht.

---

1) Ein dolus kann auch durch bloses Verschweigen begangen werden.

Ein Kreisgerichtshof hatte auf Grund der thatsächlichen Feststellung, daß der Verkäufer einer Forderung auf eine den Grundsätzen von Treu und Glauben widersprechende Weise eine ihm gewordene Mittheilung, daß der Schuldner unmittelbar zuvor mit Hinterlassung eines Kassenrestes sich flüchtig gemacht, dem Käufer verschwiegen habe, einen von dem Verkäufer zu verantwortenden Betrug angenommen. Die Entscheidung wurde als nichtig angefochten, weil durch sie der Rechtssatz verletzt sei, daß durch bloses Verschweigen ein dolus nicht begangen werden könne. Die Nichtigkeitsklage wurde als unbegründet verworfen und es besagen die Entscheidungsgründe des Obertribunals:

Der Rechtssatz, daß durch bloses Verschweigen ein dolus nicht begangen werden könne, besteht weder nach gemeinem noch nach württembergischem Rechte, vielmehr kann auch durch bloses Verschweigen ein dolus begangen werden, wenn der Irrthum oder die Unkenntniß eines Anderen in einem Verhältniß benützt wird, bei welchem nach den Grundsätzen von Treu und Glauben Wahrheit und Auf-

klärung des Irrthums verlangt werden kann. Dieß ist in den römischen Rechtsquellen ausdrücklich und zwar gerade beim Kauf ausgesprochen. — l. 35, §. 8, l. 43, §. 2 contr. emt. (18, 1); l. 11, §. 5 D. de act. emt. vend. (19, 1); cf. l. 1, §. 2 D. de dolo malo (4, 3); l. 7, §. 9 D. de pactis (2, 14).[1] — Dieser Rechtssatz des gemeinen Rechtes ist im württembergischen Rechte nicht abgeändert, vielmehr in Thl. II, Tit. 15, §. 2 des Landrechtes insofern bestätigt, als daselbst der wissentliche Verkauf einer fremden Sache als Betrug bezeichnet wird.

Zwar ist zu Art. 3, Ziff. 2 des Gesetzes vom 26. Dez. 1861, betreffend die Gewährleistung bei einigen Arten von Hausthieren, wonach die Gewährleistung wegfällt, wenn der Verkäufer sich Gewährfreiheit urkundlich bedungen hat, von beiden Kammern im Einverständniß mit der Regierung die Voraussetzung ausgesprochen worden, daß das blose Schweigen des Verkäufers über einen ihm bekannten Gewährsmangel keinen Anspruch wegen Betruges begründe. Allein hiemit wollten, wie der Gang der Berathung zeigt, keine allgemeinen Bestimmungen über die Grundsätze beim Betruge getroffen werden, denn es ist, gerade um diese Annahme auszuschließen, der Antrag gestellt und angenommen worden, den Inhalt der ausgesprochenen Voraussetzung nicht in das Gesetz selbst aufzunehmen, sondern eben in die Form einer Voraussetzung zu bringen.[2] Auch erhellt aus den Motiven des Gesetzentwurfes und aus den Verhandlungen bei der Berathung, daß jene Voraussetzung wesentlich im Interesse der Uebereinstimmung des Gesetzes

---

[1] Wächter, württ. Privatrecht, Bd. II, S. 755 und in Note 2; Seuffert, Pand., 4. Aufl., Bd. II, §. 261, S. 73 und §. 264, S. 77, Note 1 a. E.; Windscheid, Pand., 3. Aufl., Bd. I, §. 78, S. 187, Note 4; Sintenis, Civilrecht, 2. Aufl., Bd. I, §. 22, S. 189, Ziff. 2.

[2] Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1856/61, Bd. VI, S. 4252—4254.

mit dem, denselben Gegenstand betreffenden badischen Gesetze vom 23. April 1859 angenommen worden ist, woraus gleichfalls sich ergibt, daß dieselbe über den speziellen Gegenstand des Gesetzes nicht auszudehnen ist.

Entscheidung des Obertribunals vom 4. Nov. 1871 in der Berufungssache Former c. Rosenfelder.

2) Eviktion.

Ein Wohnhaus auf dem Sp.-Hofe im Großherzogthum Baden war „mit Realschildwirthschaftsgerechtigkeit" verkauft worden. Als aber der Käufer die Wirthschaft verpachten wollte, so wurde von den großh. badischen Administrativbehörden die Genehmigung versagt, weil nicht nachgewiesen sei, daß ein reales Wirthschaftsrecht auf dem Hofe ruhe, und dieser Ausspruch durch alle Instanzen bis zu der obersten Administrativbehörde bestätigt. Auf Grund dessen wurde von dem Käufer eine Klage auf Schadenersatz wegen Eviktion bei den württemb. Gerichten erhoben und von demselben auch die Verurtheilung des Verkäufers erwirkt. Aus den oberstrichterlichen Entscheidungsgründen ist hier hervorzuheben: die Gewährleistungsklage erfordert nicht die Anerkennung des erkauften Rechtes durch ein civilrichterliches Urtheil, vielmehr ist auch die Entscheidung einer Administrativbehörde geeignet, den Rechtsgrund derselben zu bilden. Zu dieser Annahme berechtigt nicht allein die heutige Organisation der Staatsbehörden, sondern auch, daß das Wesentliche bei der Entwährung die Entziehung des faktischen Habens des Kaufsobjektes wegen eines zur Zeit des Vertrages schon bestandenen Rechtsmangels ist und ein solcher durch die Entscheidung der zuständigen Administrativbehörde konstatirt wird.[3] Die Entscheidung der zuständigen Verwaltungsbehörde ist auch für den Civilrichter bindend und es begründet der Um-

---

[3] Vergl. Windscheid, Pand., 3. Aufl., Bd. II, S. 430, Note 4 a.

stand, daß die Entscheidung von der badischen, nicht der württembergischen Verwaltungsbehörde gegeben worden ist, keinen Unterschied, da das Wirthschaftsrecht, um dessen Bestand es sich handelt, der Herrschaft der badischen Gesetze unterworfen und die Frage über sein Bestehen nach badischen Gesetzen zu entscheiden ist. Daß die Verwaltungsbehörden zuständig gewesen sind, über die Existenz des Wirthschaftsrechtes zu erkennen, ergibt sich schon daraus, daß zur Ertheilung der Konzession eines Wirthschaftsrechtes nur die Verwaltungsbehörden zuständig sind. Ueberdieß ist durch §. 25 der großh. badischen Verordnung vom 16. Okt. 1834, durch welche eine Aufnahme der damals bestandenen Wirthschaftsrechte angeordnet worden ist, den Bezirksämtern, vorbehältlich des Rekurses, aufgegeben worden, darüber, ob und in welchem Umfang — ob als Real- oder persönliches Recht — ein Wirthschaftsrecht bestehe, nach den vorgelegten Konzessionsurkunden oder sonstigen Nachweisen zu bestimmen. Daß das fragliche Wirthschaftsrecht auf einem privatrechtlichen Titel beruhe, ist nicht behauptet worden, und die unvordenkliche Verjährung, auf welche die Beklagten sich berufen haben, dient zum Nachweis ebensowohl in Verhältnissen des öffentlichen Rechtes, als des Privatrechtes. [4] Es war daher auf den von den Bekl. für die Existenz des in Frage befindlichen Wirthschaftsrechtes angetretenen Beweis nicht einzugehen und erscheint die Thatsache der erfolgten Entwährung zufolge der Entscheidung des großh. badischen Ministeriums des Innern zumal im Hinblick auf den Bescheid desselben, daß dieser Gegenstand, da das Ministerium in letzter Instanz zuständig gewesen, als endgiltig erledigt zu betrachten sei als auch für den vorliegenden Rechtsstreit feststehend.

Entscheidung des Obertribunals vom 24. Okt. 1871 in der Berufungssache Auerbacher u. Gen. c. Rebmann.

---

[4] **Württ. Archiv, Bd. II, S. 15, 142, 315 Ziff. VI.**

3) Bezug des Wasserbedarfes eines Bierbrauers aus einer städtischen Wasserleitung.[5]

Im Jahre 1815 wurde dem Kronenwirth Faißt von dem Gemeinderath zu Freudenstadt die Befugniß eingeräumt, aus dem städtischen Wachthausbrunnen das zum Betrieb seiner Brauerei benöthigte Wasser zu beziehen und hatte er hiefür einen jährlichen Zins von 1 fl. an die Stadtpflege zu bezahlen. In ähnlicher Weise war auch anderen Gewerbsleuten die Befugniß eingeräumt worden, aus den öffentlichen Brunnen das Abwasser mittelst Ableitungen in ihre Gewerbsstätten zu führen, und hatten sie hiefür gleichfalls einen jährlichen Kanon von 1 fl. an die Stadtpflege zu entrichten. Was die Art des Wasserbezuges betrifft, so hatte Faißt von seinem Hause aus eine Teichelleitung bis zum Wachthausbrunnen gelegt und dort einen Stock aufgesetzt in der Art, daß das Wasser ursprünglich unmittelbar von dem Rohr aus, später aus dem steinernen Brunnentrog in den Stock und von da in die Teichelleitung der Brauerei strömte. Im Jahre 1834 ließ der Gemeinderath jedoch den Stock entfernen, da Faißt nur die Befugniß zur Benützung des überflüssigen Abwassers aus dem hölzernen Nebentrog habe und auch das Recht hierauf nur ein widerrufliches sei. Auf gerichtliche Anordnung wurde jedoch der frühere Besitzstand wieder hergestellt. Im Jahre 1859 wurden aber von dem Gemeinderath durchgreifende Aenderungen der städtischen Wasserleitung vorgenommen und da Faißt an den Kosten nicht mittragen wollte und eine dingliche Berechtigung auf den Wasserbezug behauptete, so erhob der Gemeinderath negatorische Klage. Diese Klage wurde für begründet erkannt und es besagen dießfalls die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe:

[5] Vergl. dieses Archiv, Bd. XIV, S. 107 ff.

Der Beklagte stützt seinen dinglichen Anspruch auf das in Frage stehende Wasserleitungsrecht auf die außerordentliche Ersitzung. Nun ist zwar nicht bestritten, daß der Bekl. den Wasserbedarf seiner Bierbrauerei aus der städtischen Wasserleitung bezieht und daß solches von 1817 an von dem Bekl. und seinem Vater und unmittelbaren Besitzvorgänger geschehen ist. Allein, wie sich aus dem Eintrag in's Grundbuch von 1833 und aus dem Gemeinderathsbeschlusse vom 1. April 1824 ergibt, beziehen in ganz ähnlicher Weise noch mehrere andere Bürger und Gewerbsleute von Freudenstadt das für ihre Gewerbe nöthige Wasser aus der städtischen Wasserleitung. Schon dieser Umstand läßt bezweifeln, ob dem Bekl. und seinem Vater unter solchen Verhältnissen, wo die Bürger und Gewerbetreibenden einer Stadtgemeinde dieser und deren Behörden gegenüberstehen, mit der Verstattung des Wasserbezuges gegen einen jährlichen unbedeutenden Canon ein förmliches Dienstbarkeitsrecht verwilligt werden wollte. Während solche städtische Anstalten zur Herbeischaffung des Wassers den Zweck haben, dem allgemeinen Wasserbedürfnisse der Gemeinde in den verschiedensten Beziehungen zu dienen, und es Pflicht der Gemeindebehörden ist, dafür Sorge zu tragen, daß dieser Zweck nicht beeinträchtigt und das mit der Zeit und der Zunahme der Einwohnerzahl wachsende Bedürfniß nicht außer Augen gelassen wird, kann im Zweifel schon im Voraus nicht angenommen werden, daß die Behörden bei Abgabe von Wasser aus den städtischen Wasservorräthen an einzelne Bürger für deren spezielle Bedürfnisse Willens waren, den Interessen und den allgemeinen Bedürfnissen der Gesammtgemeinde für jetzt und die Zukunft Etwas zu vergeben, sich für alle Zeit verbindlich zu machen, und den einzelnen Bürgern ein unwandelbares und unwiderrufliches förmliches Recht einzuräumen, zumal, wenn, wie hier, ein solcher besonderer Wasserbezug einer größeren Anzahl von Gewerbsleuten gestattet wird. Hiezu kommt noch, daß die Abgabe des

Wassers an B ü r g e r der Stadt erfolgte. Auch in dieser Richtung kann bei einer Gemeinde ohne dringende, besondere Gründe nicht ohne Weiteres unterstellt werden, daß ein anderes Verhältniß als ein solches zwischen der Gemeinde und den Bürgern derselben auch sonst regelmäßig besteht, geschaffen werden wollte, wonach die Gemeinde zwar die Benützung der einzelnen gemeinsamen Einrichtungen und Anstalten derselben den Bürgern nach Maßgabe ihres Bedarfes in größerer oder geringerer Ausdehnung gestattet, damit aber nicht im entferntesten gemeint ist, ihnen ein Recht einzuräumen, wie solches der Private dem Privaten einzuräumeu pflegt. Unter solchen Verhältnissen muß daher in den Fällen, wo eine derartige Abgabe von für öffentliche und gemeinsame Zwecke bestimmtem Wasser an einzelne Bürger erfolgt, im Zweifel, besonders wenn sie einer größeren Anzahl von Bürgern zu Theil geworden ist, unterstellt werden, daß die Behörden sich hiedurch nicht rechtlich binden wollten, daß hierin nur eine widerrufliche Vergünstigung liegt. Um das Gegentheil annehmen, um davon ausgehen zu können, die Gemeindebehörden haben, als sie solche einzelne Bürger das für ihren speziellen Bedarf nothwendige Wasser beziehen ließen, sich hiedurch rechtlich binden und ein förmliches unwiderrufliches Recht verstatten wollen, müßten im einzelnen Falle besondere, hiefür bündig sprechende Umstände vorhanden sein, und kann, so lange solche nicht dargethan sind, nicht angenommen werden, daß die Einräumung eines Rechtes in der Absicht der Betheiligten gelegen war. Solche Umstände sind aber im vorliegenden Falle nicht angeführt und nachgewiesen worden, vielmehr weist der ganze Verlauf der Sache und das ganze Verhalten der Gemeindebehörde in Freudenstadt auf eine gegentheilige Absicht derselben hin. Das Grundbuch von 1833, welches der Wasserleitung des Beklagten erwähnt, spricht davon, „einigen Gewerbsleuten werde erlaubt, aus den öffentlichen Brunnen das Abwasser in ihre Gewerbsstätten zu führen." Im Protokolle vom 28. August

1834 wird sodann das fragliche Recht ausdrücklich sogar als „ein widerrufliches“ bezeichnet. Der Vater des Bekl. hat dieses Protokoll ohne eine Gegenerinnerung unterzeichnet, und von beklagter Seite ist die Behauptung, diese Stelle sei durch ein willkührliches Verfahren des damaligen Stadtschultheißen in's Protokoll gekommen, in keinerlei Weise bescheinigt worden. Diese Umstände, sowie ferner die ganze Art und Weise, wie auch das Gemeinderathsprotokoll vom 30. Juli 1857 lautet, sprechen für eine blose Vergünstigung. In diesem letzteren Protokolle ist von „Erlaubniß,“ von „einer Vergünstigung“ die Rede und wird gesagt:

„wenn je einmal der Fall eintreten würde, daß die Leitung das erforderliche Wasser in den Brunnen nicht mehr liefern würde, so solle der Brunnenmeister diese, wie alle anderen Wasserleitungen, welche an Privaten abgegeben seien, abschlagen.“

Wie dieses Protokoll, so zeigt auch das vom 28. Aug. 1834, daß, wenn Wassermangel eintrete, die öffentlichen Interessen im Falle der Kollision dem Wasserbezuge der einzelnen Gewerbsleute vorgehen sollten, und der Baumeister wird angewiesen, in einem solchen Falle die Wasserleitungen der letzteren ohne alles Weitere abzuschlagen. Das Protokoll vom 28. August 1834 aber nennt das Recht ausdrücklich ein widerrufliches, und das vom 30. Juli 1857 den Wasserbezug geradezu eine Vergünstigung. Hiezu kommt der Kanon in dem ursprünglichen Betrage von nur einem Gulden. Bei diesem geringen Betrage namentlich läßt sich dieser Kanon nicht als eine Gegenleistung für die Verstattung eines Dienstbarkeitsrechtes, sondern, zumal er in gleicher Weise auch den anderen Gewerbetreibenden, welche Wasser beziehen, auferlegt ist, nur als Rekognitionsgeld auffassen, mit welchem ausgedrückt wird, daß der Gebrauch des Wassers nur in widerruflicher Weise verliehen werde, wie denn auch die im Jahre 1858 oder 1859 erfolgte Erhöhung dieses Kanons nicht darauf hinweist, daß

der Beklagte sich einer festen unabänderlichen Rechtserwerbung bewußt war.

Kann daher in Anbetracht aller dieser Umstände nicht angenommen werden, daß man auf Seite der Klägerin bei der bisherigen Gestattung des fraglichen Wasserbezuges ein förmliches Recht einzuräumen Willens war, ist vielmehr, so lange in dieser Richtung nicht sprechende Thatumstände dargethan sind, anzunehmen, daß die Vertreter der Klägerin sich nicht rechtlich binden wollten, und sprechen umgekehrt die angeführten Umstände positiv dafür, daß dieser Wasserbezug des Beklagten nach der Absicht der kl. Gemeindebehörden von Anfang an nur ein widerruflicher, nur eine Vergünstigung sein sollte: so war die Thatsache des fraglichen Wasserbezuges nur ein prekärer Zustand, also der Besitz des Beklagten und seines Vaters kein fehlerfreier. Es kann daher, wenn dieser Besitz auch 40 Jahre in ununterbrochener Weise fortgedauert haben sollte, davon die Rede nicht sein, daß durch Ersitzung ein Realdienstbarkeitsrecht erworben worden ist, wie auch in anderer Beziehung aus den gleichen Gründen, insbesondere im Hinblick auf den Inhalt des Grundbuches von 1833, des Protokolls vom 28. August 1834 und vom 30. Juli 1857 nicht unterstellt werden kann, der Vater des Bekl. und dieser selbst haben bei Ausübung dieses Wasserbezuges das Bewußtsein und die Absicht gehabt, ein förmliches und unwiderrufliches Recht auszuüben, so daß es auch in dieser Richtung an dem gesetzlichen Erfordernisse der Ersitzung eines Dienstbarkeitsrechtes durch langjährige Ausübung fehlt.

Entscheidung des Obertribunals vom 13. Sept. 1871 in der Berufungssache Faißt c. Freudenstadt.

4) Widerruf einer Schenkung wegen nachgeborener ehelicher Kinder.

In dem Landrecht, Thl. II, Tit. 18, §. „So auch" ist bestimmt: daß, wenn Jemand etwas Namhaftes, welches

nach eines Jeden Stand, Vermögen und Gelegenheit des Geschenkes zu gerichtlicher Erkenntniß gesetzt sein soll, hingibt und demselben nachmals eheliche Kinder anfallen, deren er sich zur Zeit der Vergebung nicht versehen, der Schenker befugt sei, die Gabe zu widerrufen, und daß, obschon solches bei seinen Lebzeiten nicht geschehen wäre, die Schenkung nichtsdestoweniger für sich selbst kraftlos sein solle, auch die Eltern sich dessen nicht verzeihen oder begeben können." [6]

Diese die Wirksamkeit der Schenkungen beschränkende Gesetzesbestimmung fällt, da das dadurch eingeräumte Widerrufsrecht dem Verzichte des Schenkers entzogen ist, in den Kreis der gebietenden Gesetze, welche vor den inländischen Gerichten nach den bestehenden Grundsätzen auch auf die im Ausland geschlossenen Verträge zur Anwendung kommen.

Das Widerrufsrecht steht nach dem Tode des Schenkgebers nicht blos den nachgeborenen ehelichen Kindern, sondern auch den sonstigen Erben als solchen zu. Es folgt dies aus der ganz allgemein lautenden Bestimmung des Gesetzes, daß (im Falle des Vorhandenseins der den Widerruf begründenden Voraussetzungen) die Schenkung, obschon sie vom Schenker bei seinen Lebzeiten nicht widerrufen worden wäre, nichtsdestoweniger für sich selbst kraftlos sein solle.

In Absicht auf die Voraussetzungen des Widerrufsrechtes schließt sich das Landrecht ganz an die zur Zeit

---

[6] Nach gemeinem Rechte besteht ein solches Revokationsrecht nicht: Savigny, System, Bd. IV, S. 228; Windscheid, Pand., Bd. II, §. 367, Note 22; Seuffert, Pand., Bd. II, §. 265, Note 8; Sintenis, Civilrecht, Bd. I, §. 23, Note 56. A. M. ist Arndts, Pand., §. 82, Note 3; Puchta, Pand., §. 70, Note d. Bezüglich des württ. Rechtes vergl. Weishaar, württ. Privatrecht, §. 1403; Reyscher, württ. Privatrecht, Bd. II, §. 439, Note 10; Griesinger, Kommentar, Bd. IV, S. 1017; Reinhardt, Kommentar, Bd. I, S. 345.

seiner Entstehung herrschend gewesene gemeinrechtliche Lehre an. Das Widerrufsrecht ist begründet, wenn die Schenkung ihrem Werthbetrage nach so bedeutend ist, daß es nach den von dem Richter zu beurtheilenden Verhältnissen des einzelnen Falles wahrscheinlich ist, daß der damals kinderlose Schenker die Schenkung nicht gemacht haben würde, wenn er schon damals daran gedacht hätte, daß er noch Kinder bekommen werde. [7]

Entscheidung des Obertribunals vom 7. Juni 1871 in der Berufungssache Stürmer c. Grünhof.

5) Das Vortriebsrecht des Verpächters einer Schafweide dem Pächter gegenüber.

Die Gemeinderechtsbesitzer zu J. hatten die ihnen zustehende Sommer- und Winterschafweide auf der Markung J. für das Jahr 1865 um die Summe von 594 fl. an den Schäfer Caspar Glorian verpachtet. Dieser bezahlte jedoch nur einen Theil des Pachtschillings und setzte der auf Bezahlung des Restes erhobenen Klage die Einwendung entgegen, daß ihm dadurch, daß die Verpächter unberechtigter Weise das Stoppelfeld mit ihrem Rindvieh beweidet haben, ein bedeutender Schaden erwachsen sei, welchen er weit höher als den noch rückständigen Pachtschillingsrest berechnete. Von den Verpächtern wurde nicht bestritten, daß sie nach der Erndte ihr Rindvieh vor dem Schäfer auf die Stoppelfelder getrieben haben, sie machten jedoch geltend, daß sie hiebei in Ausübung eines ihnen nach Art. 3 des Schäfereigesetzes vom 9. April 1828 zustehenden Rechtes gehandelt haben, wonach, wenn die Getreidefelder abgeleert seien, der Schäfer, nur vorbehältlich des Vortriebsrechtes für das Rindvieh, berechtigt sei, die Stoppeln nach vorgängiger Anzeige bei dem Ortsvorstand zu befahren. Unter dem hier erwähnten Vortriebsrecht sei das Recht des Eigenthümers verstanden, die nach der Erndte noch vorhandenen

---

[7] Vorarbeiten zum Landrecht, S. 216.

abgefallenen Aehren und das sich vorfindende hohe Gras zum Futter für das Rindvieh zu verwenden, während das nachwachsende niedere Gras das Futter für die Schafe bilde. Dieses Recht habe das Gesetz dem Eigenthümer vorbehalten und dieses Recht, auf welches sie in dem Pachtvertrage nicht verzichtet haben, nehmen die Verpächter als Grundeigenthümer für sich in Anspruch. Seiten des Pächters Glorian wurde dagegen geltend gemacht, daß das fragliche Vortriebsrecht nur beansprucht werden könne seiten des Eigenthümers gegenüber von einem dritten Schafweideberechtigten, nicht aber seiten des Schafweideberechtigten gegenüber von seinem Pächter, über dessen Rechtsverhältniß lediglich der Pachtvertrag entscheiden könne. Habe der Verpächter in diesem sich das Recht, sein Rindvieh vor den Schafen auszutreiben, nicht ausdrücklich vorbehalten, so würde es der Vertragstreue wenig entsprechen, wenn er ein solches die Schafweide wesentlich beschränkendes Recht für sich in Anspruch nehmen wollte, und thue er es dennoch, sei er schadenersatzpflichtig. Der so begründete Entschädigungsanspruch des Schafweidepächters wurde jedoch nicht als gegründet erkannt und es besagen dießfalls die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe:

Soweit Beklagter seine Entschädigungsforderung darauf gegründet hat, daß die Kläger überhaupt mit ihrem Rindvieh ein Vortriebsrecht auf den Stoppelfeldern der verpachteten Weide in dem Umfange, den der Art. 3 des Schäfereigesetzes vom 9. April 1828 im Auge hat, ausgeübt haben, erscheint dieselbe als unbegründet. Denn, wenn es auch richtig ist, daß das Schäfereigesetz zunächst das Rechtsverhältniß zwischen dem weidepflichtigen Grundeigenthümer und dem Schafweideberechtigten reguliren wollte und daß im Verhältnisse des Pächters einer Schafweide zum Verpächter in erster Linie der abgeschlossene Pachtvertrag maßgebend ist, so sind doch dort allgemein die Beschränkungen festgesetzt, welchen der Schafweideberechtigte im Interesse der Grundeigenthümer und des Feld-

baues unterworfen ist, so daß, wenn der Pachtvertrag nichts Anderes festsetzt, anzunehmen ist, daß auch der Pächter einer Schafweide diese Beschränkungen zu dulden habe. Daß aber im vorliegenden Falle die Verpächter auf das ihnen hienach zustehende Vortriebsrecht mit dem Rindvieh verzichtet haben, ergeben weder die von dem Beklagten angeführten Stellen des Pachtvertrages, noch die von ihm erwähnten Aeußerungen der Kläger, in der sie ausdrücklich des ihnen gebührenden Vortriebsrechtes Erwähnung thun.

Entscheidung des Obertribunals vom 15. Juni 1871 in der Berufungssache Glorian c. Frankenreiter.

6) Liegenschaftsgesetz; Bezeichnung des Vertragsgegenstandes in der Vertragsurkunde.[8]

a. Das Liegenschaftsveräußerungs-Gesetz vom 23. Juni 1853 verlangt in Art. 2, Ziff. 6 die bestimmte Bezeichnung der Vertragsgegenstände in der nach Art. 1 zur Giltigkeit von Kaufverträgen über Gebäude und Grundstücke erforderlichen Vertragsurkunde. Hiemit ist ausgesprochen, daß über die Frage, was Gegenstand des Kaufvertrages über ein Gebäude- oder Grundstück ist, nur der Inhalt der Vertragsurkunde entscheidet, daß, wie dieß von dem Obertribunal schon mehrfach ausgesprochen worden ist, die Vertragsgegenstände aus der Urkunde selbst, also insbesondere ohne Kenntniß der Vertragsunterhandlungen, für jeden Dritten erkennbar sein müssen. Zur Feststellung der Vertragsgegenstände dürfen daher die dem Vertragsabschluß vorausgegangenen Unterhandlungen der Kontrahenten, oder etwaige, demselben nachgefolgten Umstände, welche über die Willensmeinung der Kontrahenten Aufschluß zu geben geeignet wären, nicht zu Hilfe genommen werden. Es ist

[8] Vergl. dieses Archiv, Bd. III, S. 140 ff.; Bd. VI, S. 181 ff.; Bd. VIII, S. 119 ff.; Bd. X, S. 434 f.; Bd. XII, S. 235 f.; Bd. XIII, S. 154 f. Bd. XIV, S. 372 ff.; Tafel, Civilrechtsspr., Bd. III, S. 255 ff.; Bd. V. S. 230 f.

deßhalb unerheblich, was die Parteien über die Vertragsunterhandlungen, die Besprechung über die Rentabilität des Anwesens und die beabsichtigte Vermiethung eines Theiles des letzteren an den Verkäufer vorgebracht haben.

Nach welchen Merkmalen die bestimmte Bezeichnung der Vertragsgegenstände zu geschehen habe, ist zwar in dem Gesetze nicht gesagt; dagegen ergibt sich aus den ständischen Verhandlungen und aus dem Zwecke des Gesetzes, Streitigkeiten über die Identität der Vertragsgegenstände, sowie Uebereilungen und Uebervortheilungen vorzubeugen, daß zwar nicht eine in's Einzelnste gehende Beschreibung, immerhin aber eine solche Bezeichnung der Vertragsgegenstände in der Urkunde erfordert wird, aus welcher diese *in ihrer Besonderheit* erkannt werden können und wodurch ihre Identität außer Zweifel gestellt wird .... Blose Vermuthungen darüber, was in der Urkunde als verkauft habe bezeichnet werden wollen, können das von dem Gesetze verlangte Erforderniß der *bestimmten Bezeichnung* der Vertragsgegenstände nicht ersetzen.

Entscheidung des Obertribunals vom 4. Juni 1872 in der Berufungssache Klumpp c. Keltenbach.

b. In der über den Kauf eines Mühleanwesens aufgenommenen Vertragsurkunde war die verkaufte Liegenschaft dahin bezeichnet worden: „F. M. verkauft sein am Fuße des Galgenberges dahier gelegenes Mühleanwesen, wie solches auf ihn in den öffentlichen Büchern zu Ulm eingetragen ist, sammt Wasserwerk und Allem, was niet- und nagelfest ist und wie solches in gegenwärtigem Zustand sich befindet, mit allen darauf ruhenden Lasten und Rechten." Diese Bezeichnung wurde als dem Gesetze nicht entsprechend angefochten, indem zwar zugegeben wurde, daß ein zweites Mühleanwesen in Ulm am Fuße des Galgenberges nicht existire, dagegen geltend gemacht wurde, daß die allgemeine Verweisung auf den Eintrag des Kaufobjektes in die öffentlichen Bücher — in dem Kaufbriefe —

ohne genaue Angabe der betreffenden Bücher, der Bände- und Seitenzahlen der Bestimmung des Gesetzes nicht entspreche. Die Gerichte waren anderer Ansicht und es besagen dießfalls die Entscheidungsgründe des Obertribunals:

Da anerkanntermaßen außer dem verkauften Mühle-Anwesen kein zweites am Fuße des Galgenberges gelegenes existirt, so war das Kaufsobjekt durch die Verweisung auf dessen nähere Beschreibung in den öffentlichen Büchern im Sinne des Gesetzes mit genügender Bestimmtheit bezeichnet.

Entscheidung des Obertribunals vom 29. Februar 1872 in der Berufungssache Kohner c. Müller.

c. In der über einen Kaufvertrag von Liegenschaft aufgenommenen Urkunde vom 23. Januar 1867 war das Kaufsobjekt dahin bezeichnet: „Christian G. verkauft an Karl G. von dem ihm zugehörigen Acker Parz.-Nr. 108 im Bronnenstein an der Landstraße nach Blaubeuren einen Morgen neben der neu anzulegenden Straße, welcher der Länge des Ackers nach nicht über die Hälfte des ganzen Ackers gehen darf, und welcher in den nächsten Tagen durch einen Geometer weggemessen werden soll." Der Vertrag wurde als nichtig angefochten, weil der Kaufsgegenstand in der Vertragsurkunde nicht bestimmt bezeichnet sei. Diese Anfechtung wurde nicht für gegründet erkannt und es besagen dießfalls die Entscheidungsgründe des Obertribunals: Der Art. 2 des Liegenschaftsgesetzes vom 23. Juni 1853 schreibt die bestimmte Bezeichnung des Vertragsgegenstandes vor. Wie das Obertribunal in gleichen Fällen schon wiederholt angenommen hat, ist dieser Anforderung des Gesetzes auch durch eine Bezeichnung, wie sie in der Vertragsurkunde vom 23. Januar 1867 ihren Ausdruck erhalten hat, genügt. Es ist in dieser Urkunde angegeben, daß von der Parzelle Nr. 108 des Beklagten, an der Landstraße nach Blaubeuren gelegen, ein Morgen verkauft werde, daß dieser Morgen neben der neu anzulegenden Straße der Länge des Ackers nach so weggemessen

werden solle, daß er nicht über die Hälfte des ganzen Ackers gehen dürfe. Hiemit ist das Grundstück, von welchem ein Theil verkauft worden ist, ebenso der Flächeninhalt des verkauften Stückes speziell und genau bestimmt und auch angegeben worden, daß dieses Stück an der neu anzulegenden Straße zu liegen habe. Für die Zumessung, welche erfolgen sollte, waren hiedurch hinlängliche Anhaltspunkte gegeben, und kommt, abgesehen davon, daß die Kontrahenten durch die Unterlassung der Bestimmung der weiteren Grenzen ausgedrückt haben, es werde von ihnen im Uebrigen letzteren ein gleiches Gewicht nicht beigelegt, in Betracht, daß nach diesen Vertragsbestimmungen die Grenzregulirung nicht mehr von dem Belieben der Kontrahenten abhängen konnte, sondern sie sich gegenseitig eine angemessene Zumessung gefallen lassen mußten. Durch die Bestimmung, es habe eine Zumessung zu erfolgen, war demnach der Vertragsgegenstand so bestimmt, daß die endliche Feststellung des betreffenden Ackertheils nur noch Sache des Vertragsvollzuges war. Wenn das Liegenschaftsgesetz die bestimmte Bezeichnung des Vertragsgegenstandes verlangt, so ist durch eine Bezeichnung der vorliegenden Art seinem Zwecke genügend entsprochen, indem dieselbe mit hinreichender Sicherheit erkennen läßt, was verkauft und gekauft werden wollte, und in dieser Hinsicht Weiteres nicht in der Absicht des Gesetzes liegt.

Entscheidung des Obertribunals vom 16. Juni 1871 in der Berufungssache Goll c. Noll.

7) Liegenschaftsgesetz; Bezeichnung des Tages der Vertragschließung in der Vertrags-Urkunde.[9]

Am 13. November 1870 schlossen Kaufmann M. und Zimmermeister K. einen Kaufvertrag über ein Mühlanwesen ab und wurde der Vertrag sofort in doppelter Ausfertigung niedergeschrieben und von beiden Kontrahenten

[9] **Württ. Archiv, Bd. XIII, S. 253 ff.**

unterzeichnet. Beide Urkunden enthielten zur Zeit der Unterzeichnung das richtige Datum des Kaufsabschlusses vom 13. November 1870; in dem einen zuerst geschriebenen und unterzeichneten Exemplare, welches der Käufer zur Hand nahm, wurde aber dieses richtige Datum nach der Unterschrift, angeblich noch in Gegenwart der Parteien und von dem Verfasser der Urkunde, in den 14. Novbr. 1870 umgeändert. Auf Grund dessen, weil hienach das eine Vertragsexemplar ein unrichtiges Datum trage, wurde von dem auf Bezahlung des Kaufschillings belangten Käufer der Vertrag als nichtig angefochten. Diese Anfechtung wurde nicht als gegründet erkannt, und es besagen dießfalls die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe:

Es liegt eine Kaufsurkunde, von beiden Kontrahenten unterzeichnet, vor, welche das anerkanntermaßen richtige Datum des Kaufsabschlusses trägt. Daneben hat der Beklagte ein Exemplar des Kaufvertrages beigebracht, welches bei dem Kaufsabschlusse als für ihn bestimmt ausgefertigt wurde und welches ein von der Zahl 13. in die Zahl 14. November korrigirtes Datum trägt, und glaubt hiemit die Nichtigkeit des abgeschlossenen Kaufsgeschäftes wegen Mangels der gesetzlich vorgeschriebenen Form dargelegt zu haben. Das Gesetz, indem es schriftliche Abfassung der Kaufverträge über Liegenschaften vorschreibt, hat nicht eine Mehrzahl, sondern nur Eine seinen Bestimmungen gemäß abgefaßte schriftliche Urkunde verlangt. Liegt nun eine Urkunde mit anerkannt richtigem Datum, daneben eine zweite mit anerkannt unrichtigem Datum versehene Urkunde vor, so kann, gleichviel unter welchen Umständen die Korrektur in der falsch datirten Urkunde vor sich gegangen sein mag, die anerkannt (bezüglich des Datum) falsche Kaufsurkunde der in dieser Beziehung ächten Urkunde keinen Eintrag bringen, und es erscheinen in dieser Beziehung die gesetzlichen Erfordernisse in Absicht auf die Giltigkeit des Kaufvertrages als vollkommen gewahrt. Es kommt in vorliegendem Falle hinzu, daß auch das zweite von dem Beklag-

ten vorgelegte, nach dessen Angabe zuerst gefertigte Exemplar bei dessen Unterzeichnung durch die Kontrahenten unbestritten das richtige Datum trug und die den Tag des Kaufabschlusses bezeichnende Zahl erst nachher abgeändert wurde. Sonach war schon mit der Unterzeichnung dieser Urkunde die von dem Gesetze vorgeschriebene schriftliche Form vollendet und ebendamit der Vertrag geschlossen. Hieran konnte durch eine nachträgliche einseitige Aenderung des Datums seiten des Verfassers der Urkunde Nichts geändert und der giltig geschlossene Vertrag nicht nachträglich vernichtet werden.

Entscheidung des Obertribunals vom 29. Februar 1872 in der Berufungssache Kohner c. Müller.

8) Liegenschaftsgesetz; findet auf die Beendigung der Gemeinschaftlichkeit des Eigenthums durch die Abfindung des einen Gesellschafters bei Auflösung der Gesellschaft keine Anwendung.

Jakob Walcher und Christian Koch hatten am 14. Febr. 1867 von Johann Georg Barth ein Anwesen um den Preis von 2150 fl. zum Zwecke gewinnbringender Wiederveräußerung gemeinschaftlich erkauft. Am 16. April 1867 vereinbarten sie sich jedoch, weil in jetziger Zeit das Anwesen nicht zu veräußern sei, dahin, daß Christian Koch von dem erkauften Anwesen gänzlich abtrete und solches dem Jakob Walcher gegen eine Entschädigung von 6 fl. 33 kr. allein überlasse. Jakob W. hat denn auch die 6 fl. 33 kr. an Christian Koch bezahlt und den Kaufschilling des Anwesens an Johann Georg Barth allein abgetragen. In der Folge wurde jedoch die Vereinbarung vom 16. April 1867 von Walcher angefochten und von ihm verlangt, daß Koch ihm die Hälfte des von ihm an Barth bezahlten Kaufschillings ersetze, indem er geltend machte, daß die gedachte Vereinbarung als ein Kaufvertrag aufzufassen sei, als solcher aber mangels der durch das Liegenschaftsgesetz vorgeschriebenen Förmlichkeiten nicht zu Recht

bestehen könne. Hiegegen wurde in den Entscheidungsgründen des Obertribunals bemerkt:

Durch den Vertrag vom 16. April 1867 ist das zwischen den Parteien in Betreff des gemeinschaftlich erworbenen Anwesens bestehende Gesellschaftsverhältniß in der Weise aufgelöst worden, daß dem Kläger der Gesellschaftsantheil des Beklagten gegen die Verpflichtung überlassen worden ist, die den Beklagten treffende Hälfte des Kaufschillings für diesen an Johann Georg Barth abzutragen und daneben dem Beklagten eine Vergütung von 6 fl. 33 kr. zu bezahlen. Hiedurch wird der klägerische Anspruch ausgeschlossen, da der Kläger mit der vollständigen Befriedigung des Barth im Verhältniß zum Beklagten nur eine ihm obgelegene Verpflichtung erfüllt hat. Der Vertrag vom 16. April 1867 ist kein Kaufvertrag, er stellt sich, wie er in der damals abgefaßten Urkunde enthalten ist, als solcher mit keinem Worte dar, sondern enthält die Auflösung der zum Zwecke gewinnbringender Wiederveräußerung eingegangenen Gesellschaft. Um diesen Erfolg in dieser Weise herbeizuführen, bedurfte es für die Kontrahenten, auch wenn der Beklagte Koch von der ihm zugefallenen ideellen Hälfte des Barth'schen Anwesens Besitz und Eigenthum erworben hatte, der Abfassung eines Kaufvertrages nicht. So wenig die Beendigung der Gemeinschaftlichkeit des Eigenthums durch reelle Theilung mit einem Tauschvertrage identisch ist,[10] so wenig ist die Beendigung dieser Gemeinschaftlichkeit durch Abfindung des einen Gesellschafters mit einem Kaufvertrage identisch. Unstreitig hätten zwar die Parteien zu Herbeiführung des beabsichtigten Erfolges eines Kaufvertrages in der Weise sich bedienen können, daß der Beklagte seine ideelle Hälfte an dem Anwesen an den Kläger um einen der auf ihn entfallenden Hälfte des Kaufschillings gleichkommenden Preis zuzüglich der Vergütung von 6 fl. 33 kr.

[10] Württ. Archiv, Bd. XII, S. 236 ff.

verkauft hätte, wobei, daß Kläger jene Hälfte des Kaufschillings anstatt an den Beklagten sofort an dessen Gläubiger Barth bezahle, als Nebenberedung hätte festgesetzt werden können. Allein es ist Angesichts des Inhalts der Vertragsurkunde vom 16. April 1871 unerweislich, daß die Parteien sich dieses weitläufigen Weges haben bedienen wollen.

Entscheidung des Obertribunals vom 28. November 1871 in der Berufungssache Walcher c. Koch.

9) Miethvertrag; Schadenersatzverbindlichkeit des Vermiethers bei vorzeitiger Austreibung des Miethers in Folge des Verkaufes der Miethlokale.

Nach den geltenden Rechtsgrundsätzen über die Sachenmiethe ist der Vermiether verpflichtet, dem Miether die Benützung des vermietheten Objektes während der vertragsmäßigen Miethzeit zu gewähren und hat derselbe auch für die Handlungen Dritter einzustehen, welche den Miether in Ausübung seiner vertragsmäßigen Berechtigung stören, soweit er solche Handlungen hätte verhindern können — l. 24, §. 4, l. 33 D. locati (19, 2). — Hat der Vermiether durch eigenes Verschulden sich außer Stand gesetzt, den Miethvertrag zu erfüllen, so haftet er dem Miether für dessen volles Interesse — l. 33, l. 15, §. 8 D. eod. — Der Miether kann, falls ihm von dem Vermiether nicht Gelegenheit zur Erlangung einer anderweitigen Miethwohnung geboten wird, selbst sich anderwärts einmiethen und Ersatz hiefür von dem Vermiether insoweit verlangen, als er hiebei nicht arglistig handelt l. 28, §. 2 D. eod.

Auf Grund dieser Rechtsgrundsätze wurde in einem Falle, in welchem der Vermiether das vermiethete Lokal, einen Laden nebst Wohngelassen, vor Ablauf der vertragsmäßigen Miethzeit verkauft und der Käufer dem Miether die Fortsetzung des Miethverhältnisses, das kontraktmäßig bis Georgii 1869 hätte dauern sollen, nur bis Jakobi 1868 gestattet hatte, der Miether aber in Folge dessen genöthigt

worden war, ein für seine Zwecke geeignetes Lokal um einen höheren Preis zu miethen, der Vermiether für verbunden erkannt, dem Miether den Mehraufwand für Miethe von Jakobi 1868 bis Georgii 1869 zu ersetzen, indem angenommen wurde, daß ein durch eigene Handlung des Vermiethers herbeigeführter Vertragsbruch vorliege, für welchen er dem Miether einzustehen habe. Zwar hatte der Vermiether dem Käufer anbedungen, daß er in die bestehenden Miethverträge einzutreten habe; allein es hatte sich der Käufer hieran nicht gekehrt und dem Miether dennoch gekündigt und ihn ausgetrieben, und es besagen dießfalls die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe: Die Aufnahme der angeführten Bedingung in den Kaufvertrag befreit den Vermiether nicht von der Verbindlichkeit zum Schadenersatz, da es seine Sache gewesen wäre, sich gegenüber von dem Käufer, der, wie er seit Georgii 1868 wohl wußte, die Fortdauer des Miethverhältnisses nicht gestattete, in dieser Beziehung gehörig zu sichern; während der Miether gegenüber von dem neuen Erwerber, der mit ihm in kein Vertragsverhältniß getreten war, kein Mittel hatte, die Fortsetzung des Miethsverhältnisses zu erzwingen. Das Verhalten des Vermiethers gegenüber von dem Miether enthält daher eine Verletzung des Miethvertrages, welche den Miether zum Anspruch auf Ersatz seines vollen Interesses wegen dieses schuldhaften Benehmens des Vermiethers berechtigt. Der Letztere, sagen die Entscheidungsgründe weiter, hat unbestrittenermaßen Nichts gethan, um sich von den Folgen seiner Vertragsverletzung durch Anschaffung eines gleichwerthigen Lokals für den Miether zu befreien. Ebensowenig haben dieselben dafür Etwas beizubringen vermocht, daß der Miether in Aufsuchung und Erwerbung eines anderweitigen Lokals Etwas versäumt oder arglistig gehandelt habe. Dagegen ist . . . dargethan, daß der Miether sich um Erlangung eines andern Lokals mehrfach bemühte und daß in jener Zeit die Ausmittlung derartiger Lokale nicht leicht war. Wenn der Vermiether

dem Miether einen Vorwurf daraus macht, daß er nicht ein bestimmtes anderes um fragliche Zeit zur Vermiethung ausgebotenes billigeres Lokal gemiethet habe, so ist diese gegen den Schadenersatzanspruch gerichtete Einwendung ungegründet, weil dieses Lokal nicht gleichartig mit dem bisherigen Miethlokal war. Es kommt in dieser Beziehung entscheidend in Erwägung, daß in diesem Lokal die Parterreräumlichkeiten hinter dem Laden dunkler und also für den Geschäftsbetrieb des Miethers, eines Antiquitäten- und Kleiderhändlers, weniger geeignet waren, und daß schon deßwegen dem Miether, der ein Lokal gleicher Qualität und gleicher Bequemlichkeit für seinen Geschäftsbetrieb anzusprechen hatte, nicht zugemuthet werden konnte, sich mit dieser geringeren Ladeneinrichtung zu begnügen und sich zum Ersatz auf die oberen Räume eines Stockwerkes verweisen zu lassen. . . . Der höhere Betrag des Miethpreises für das von dem Miether bezogene Lokal gibt nach den vorliegenden Umständen an sich noch keinen Grund zu der Annahme, daß der Miether durch Miethung dieses Lokals arglistig gehandelt habe. Der Vermiether wußte nicht nur kein anderweitiges Lokal zu benennen, das dem Miether zu jener Zeit zur Verfügung gestanden wäre, sondern es lassen auch die erwiesenen wiederholten und vergeblichen Bemühungen des Miethers in Aufsuchung eines andern Miethlokals keinen Raum für eine solche Annahme übrig. Wenn gegen den Schadenersatz-Anspruch noch eingewendet wird, daß sich der erhöhte Miethzins durch die größeren Vortheile des neuen Lokals für den Geschäftsbetrieb ausgleicht, so fehlt es diesem Vorbringen an thatsächlicher Begründung.

Entscheidung des Obertribunals vom 26. April 1872 in der Berufungssache Winkler c. Pflüger.

10) Schadenersatzpflicht des Verpächters wegen Störung des Pächters im Genusse des Pachtobjektes.

Nach dem bestehenden Rechte hat der Verpächter dem Pächter wegen Störung im Genusse des Pachtobjektes das

volle Interesse dann zu prästiren, wenn er die Störung schuldhaft herbeigeführt oder, falls sie von dritter Seite kam und er sie abwenden konnte, nicht abgewendet hat, wogegen er, wenn die Störung ohne seine Schuld oder ohne eine Möglichkeit, von seiner Seite das Uebel abzuwenden, geschah, nur den Anspruch auf das Pachtgeld aufgeben muß.[11] Die auf Grund der l. 7 und 8 D. loc. (19, 2) aufgestellte Behauptung, daß, wenn die Störung von einem Dritten herrühre, der Afterpächter von seinem Verpächter, auch wenn dieser außer Verschuldung sei, das volle Interesse anzusprechen habe, ist nicht gegründet, denn die angeführten Gesetzesstellen enthalten diesen Grundsatz nicht. Indem sie von dem besonderen Falle der Verpachtung einer mit einem rechtlichen Mangel behafteten Sache handeln, gehen sie keineswegs von einer Schuldlosigkeit des Verpächters aus, vielmehr wird in ihnen die Handlung der Verpächter, wie überhaupt bei eintretender Eviktion geschieht — l. 9 pr. D. loc. (19, 2) —, der subjektiven Verschuldung gleichgestellt und so die Regel, daß der Verpächter das Interesse nur im Falle einer Schuld zu prästiren hat, lediglich bestätigt.[12]

Entscheidung des Obertribunals vom 21. Februar 1872 in der Berufungssache Kaufmann c. Geßler.

11) Zum Begriffe der gemeinen Anweisung.

Die Anweisung enthält den Auftrag des Anweisenden an den Anweisungsempfänger, von dem Angewiesenen

---

[11] **Glück**, Komm. Bd. XVII, S. 357—359, 366, 367; **Sintenis**, Civilrecht, Bd. II, S. 653; **Keller**, Pand. S. 636; **Windscheid**, Pand. Bd. II, §. 400, S. 457; **Holzschuher**, Theorie und Kasuistik, Bd. III, S. 872—873; **Unterholzner**, Schuldverh., Bd. II, S. 337, 333.

[12] **Sintenis**, a. a. O. S. 653—654 und Note 52; **Unterholzner**, a. a. O., S. 332, 333 u. Note f.; **Windscheid**, a. a. O., S. 457 u. Note 4, vergl. §. 264, S. 51, §. 315, S. 187 und Note 3; **Glück**, a. a. O., S. 358; **Holzschuher**, a. a. O., S. 873.

eine gewisse Leistung in Empfang zu nehmen und an den Letzteren, diese Leistung dem Anweisungsempfänger zu machen.[13] Durch die Ertheilung dieses Auftrags wird ein obligatorisches Rechtsverhältniß weder zwischen dem Anweisenden und dem Angewiesenen, noch zwischen Diesem und dem Anweisungsempfänger begründet. Vielmehr wird der Angewiesene gegenüber dem Anweisenden erst mit der Annahme des von Diesem ertheilten Zahlungsauftrags verpflichtet, letzteren zu erfüllen. Diese Annahme kann gegenüber dem Anweisenden entweder direkt, oder aber durch Vermittlung des Anweisungsempfängers, welcher den Auftrag des Anweisenden dem Angewiesenen überließ, erfolgen. Mag die Annahme auf die eine oder andere Weise erfolgen, so bleibt ihre rechtliche Wirkung dieselbe. Insbesondere wird durch diese Annahme für den Anweisungsempfänger kein selbständiges Recht gegen den Angewiesenen geschaffen. Vielmehr kann Ersterer gegen den Letzteren nur die Rechte des Anweisenden geltend machen, woraus folgt, daß, wenn dieser ein Recht nicht mehr hat oder nicht mehr ausüben darf, auch der Anweisungsempfänger den Angewiesenen nicht mehr in Anspruch nehmen kann.

Anders verhält es sich bei den sog. kaufmännischen Anweisungen, bei welchen die gegen den Anweisungsempfänger erklärte Annahme des Zahlungsauftrags zufolge eines Handelsgebrauches und jetzt zufolge gesetzlicher Bestimmung (Handelsgesetzbuch Art. 300) den Angewiesenen zur Erfüllung des Auftrags gegenüber dem Anweisungsempfänger selbständig verpflichtet.

Dagegen wird bei den gemeinen Anweisungen ein selbständiges obligatorisches Rechtsverhältniß zwischen dem

---

[13] **Puchta**, Pand., §. 326; **Sintenis**, Civilrecht, Bd. II, §. 113, Ziff. IV; **Weiske**, Rechtslexikon, Bd. I, S. 327; **Unger**, Inhaberpapiere, S. 83; Dresdener Entwurf, Art. 717; Württ. Archiv, Bd. XI, S. 73 ff.; Bd. XIII, S. 164; **Seuffert**, Archiv, Bd. XVIII, Nr. 135.

Anweisungsempfänger und dem Angewiesenen nur dann begründet, wenn dieser sich gegenüber dem Ersteren ausdrücklich verbindlich macht, die Zahlung an denselben zu leisten.[14] Geschieht Letzteres, so erwirbt der Anweisungsempfänger auf Grund der von dem Angewiesenen übernommenen Verpflichtung gegen diesen einen von dem Rechte des Anweisenden unabhängigen Anspruch, welcher gegenüber insbesondere aller Einreden aus dem Verhältniß zwischen dem Anweisenden und dem Angewiesenen ausgeschlossen sind.[15]

Entscheidung des Obertribunals vom 11. Juni 1872 in der Berufungssache K. Hofbank c. Eisenbahnbaukommission.

12) Interzession für ein von einem Minderjährigen ohne Zustimmung des Vormunds eingegangenes Rechtsgeschäft.

Nach württemb. Rechte kann der Minderjährige, wie nach römischem Rechte der Pupille, ohne Zustimmung des Vormunds sich nicht giltig verpflichten und gilt dieß nicht blos von Veräußerungen, welche er vornimmt — Landrecht Thl. II. Tit. 26, §. 2.[16] — Allein die Interzession, namentlich die Bürgschaft für ein von einem Minderjährigen ohne Zustimmung des Vormundes eingegangenes Rechtsgeschäft ist nach gemeinem Rechte nicht unzuläſſig,

---

[14] Puchta, Pand., §. 326 und Vorles., Bd. II, S. 175; Weiske, Rechtslexikon, Bd. I, S. 330; Arndts, Pand., §. 295; Heise u. Cropp, jurist. Abh. Bd. II, S. 354—357; Thöl, Handelsrecht, Bd. I, §. 122, 125; Unger, Inhaberpapiere, S. 83; Württ. Archiv, Bd. XI, S. 79 ff., Bd. XIII, S. 164 ff.; Seuffert, Archiv, Bd. XVIII, Nr. 135; Busch, Archiv, Bd. XII, S. 287 ff.

[15] Thöl, Handelsrecht, Bd. I, §. 125; Salpius, Novation und Delegation, S. 479 ff.; Dresdener Entwurf, Art. 720; Württ. Archiv, Bd. XI, S. 83, 85.

[16] Sarwey, Monatschrift, Bd. XVI, S. 124; Württ. Archiv, Bd. XII, S. 51, N. 7, S. 388; Bd. III, S. 174; Lang, Handb. des württ. Personenrechtes, S. 20, 21, 24.

der Interzedent kann sich auf die Minderjährigkeit des Hauptschuldners in einem solchen Falle selbst dann nicht berufen, wenn der Minderjährige durch ein solches Rechtsgeschäft nicht bereichert worden ist — l. 127 D. de verb. obl. (45, 1); l. 42 pr. D. de jurejurando (12, 2); l. 2 D. de fidejuss. et mand. (46, 1); l. 35 D. de receptis (4, 8); l. 95, §. 4 D. de solut (46, 3); l. 25 D. de fidejussor. (46, 1).[17] — Es ist nicht abzusehen, wie durch das württ. Landrecht Thl. II., Tit. 26, §. 2, welches diese Frage in keinerlei Weise berührt, an diesem gemeinrechtlichen Grundsatze etwas geändert worden sein soll. Durch die fragliche Bestimmung des Landrechtes ist der Minderjährige in Ansehung seiner Handlungsfähigkeit dem Pupillen, wie dessen Handlungsfähigkeit durch das römische Recht bestimmt ist, gleichgestellt, die hier vorliegende Frage aber, ob auch der Interpedent sich auf die Minderjährigkeit des Hauptschuldners berufen kann, beantwortet sich in Ermanglung einer Bestimmung des einheimischen Rechtes nach den Grundsätzen des gemeinen Rechtes.

Entscheidung des Obertribunals vom 23./30. März 1872 in der Berufungssache Römer c. Stierlen.

13) Die Formvorschriften des Pfandentwicklungsgesetzes gelten für alle Arten von Interzessionen der Frauenspersonen.

Der Art. 5 des Pfandentwicklungsgesetzes vom 21. Mai 1828 bestimmt, daß die Interzession oder Bürgschaft einer

[17] **Thibaut, Pand., 7. Aufl., §. 530, Note 3; Glück, Komm. Bd. IV., S. 62—79, insbes. S. 69; Mühlenbuch, Pand., Bd. II, §. 330, Note 5, §. 485, Note 5; Göschen, Vorles., Buch IV, §. 428, S. 169; Sintenis, Civilrecht, Bd. I, §. 17: Vangerow, Pand., 6. Aufl., Bd. I, §. 279, S. 591 ff., insbes. S. 596 lit. b; Puchta, Pand., 9. Aufl., §. 237, S. 372, Note h; Windscheid, Pand., 2. Aufl., §. 289, Bd. II, S. 114, S. 115, Note 12, lit. f.; Keller, Pand., §. 227, S. 451 ff., insbes. S. 453, Ziff. 4; Savigny, Obligationenrecht, Bd. I, S. 61—76, insbes. S. 68, 72; Seuffert, Archiv, Bd. XX, Nr. 130.**

Frauensperson formell nur dann giltig ist, wenn sie von einer mit der streitigen oder willkürlichen Gerichtsbarkeit versehenen Stelle oder Deputation übernommen wurde und der Art. 6 hebt ausdrücklich hervor, daß jede nicht vor einer solchen Stelle geschehene Interzession einer Frauensperson (mit einziger Ausnahme der Handelsfrauen in Handelsangelegenheiten) nichtig sei. Der Berufung einer Frau auf diese Vorschrift wurde entgegengehalten, daß solche nicht für alle Fälle der Interzession im weiteren Sinne, sondern nur für die Bürgschaft ertheilt sei, während es sich im gegebenen Falle um eine Novation oder Expromission handle, auf welche die Vorschrift keine Anwendung finde. Hiegegen wurde in den oberstrichterlichen Entscheidungsgründen ausgeführt:

Daß die gedachte Auslegung des Gesetzes unrichtig ist, ergibt sich schon aus der Entstehungsgeschichte der bezüglichen Bestimmungen. Das ältere württembergische Recht hatte für die Interzessionen der Frauenspersonen keine besonderen Vorschriften, insbesondere das württ. Landrecht hob nur hervor, daß keine Weibsperson sich für ihren Ehemann um Schulden oder in anderen Kontrakten und Handlungen verbände (Landrecht, Thl. II, Tit. 29, §. 1). Im Allgemeinen galten in Württemberg bezüglich der Interzessionen der Frauenspersonen ganz die römischrechtlichen Vorschriften, wie sie in dem Senatus consultum Vellejanum und in der späteren römischen Gesetzgebung enthalten sind und sich auf alle Geschäfte beziehen, durch welche eine Frauensperson die Schuld eines Anderen, ohne schon nach allgemeinen Grundsätzen dazu verbunden zu sein, kumulativ oder privativ übernimmt. [18]

Das Pfandgesetz vom 15. April 1825 bestimmte in Art. 21, daß eine Frauensperson ihr Eigenthum für eine fremde Schuld verpfänden könne, wenn sie, gehörig belehrt, auf die Rechtswohlthaten verzichtet habe. Das Ergänzungs-

[18] **Wächter, württ. Privatrecht, Bd. I, S. 465 ff.**

gesetz von demselben Tage aber setzte in Art. 1 fest, unter Beobachtung der Vorschriften des Pfandgesetzes, Art. 21 und 22 sei „jede Interzession einer Frauensperson" ohne Unterschied giltig, und die Vollzugsverordnung vom 21. Mai 1825 hebt hiezu in §. 8 hervor, es sei künftig bei Einhaltung der vorgeschriebenen Form „jede Verschreibung einer Frauensperson für ihren Ehemann oder für einen Dritten" verbindend, und in §. 17 bestimmt die genannte Verordnung, „wenn die Frauenspersonen für ihre Ehemänner oder für Dritte sich verschreiben," so seien sie zu belehren, daß „ihre Verschreibungen an sich für Dritte unverbindend, für ihre Ehemänner aber sogar nichtig seien," welche Belehrung dann auch wieder in der Hauptinstruktion vom 14. Dez. 1825, §. 135 vorgeschrieben wird.

Wie hienach darüber kein Zweifel obwalten kann, daß das Ergänzungsgesetz von allen Interzessionen der Frauenspersonen im Sinne des römischen Rechtes handelt, so ergeben auch die dem Zustandekommen der Art. 5 ff. des Pfandentwicklungsgesetzes vorangegangenen Verhandlungen ganz unzweifelhaft, daß an dem Begriffe der weiblichen Interzessionen durch das genannte Gesetz Nichts geändert werden wollte.

Insbesondere wird in dem Entwurfe zu dem Gesetze und in den Motiven desselben, in dem Kommissionsberichte und in den Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten immer nur von „Uebernahme einer Verbindlichkeit," von „Interzessionen," „interzediren" gesprochen, ohne daß irgend ein Anhaltspunkt dafür vorläge, daß mit diesen Worten ein anderer als der gewöhnliche Begriff verbunden werden wollte, und nur um die Wirkung der vorgeschlagenen Sätze auf das häufigste unter den Begriff der Interzession fallende Geschäft zu zeigen, wird in dem Kommissionsberichte hervorgehoben, daß hienach die Frauenspersonen „gegen unbedachtsame Bürgschaften gesichert" sind. [19]

---

[19] Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1828,

Indem aber das auf die Beschlüsse der Kammer der Abg. ergangene K. Reskript zum ersten Male den Ausdruck „Interzession oder Bürgschaft" gebraucht, zeigt es durch die Hinweisung auf die Uebereinstimmung mit den Anträgen der Kammer deutlich, daß es mit dem genannten Ausdruck nichts Anderes bezeichnen wollte, als was in den Beschlüssen der Kammer der Abgeordneten mit „Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit (Interzession, Bürgschaft")" und mit „interzediren" ausgedrückt worden war. Dieß wurde dann auch von der Kammer der Abgeordneten anerkannt, indem sie die in dem Reskripte formulirten Sätze den von ihr gefaßten Beschlüssen entsprechend fand und genehmigte. [20]

Hienach ist die Ansicht, daß das Pfandentwicklungsgesetz den Begriff der Interzession, für welche es nur Formvorschriften ertheilte, abgeändert und bei seinen Bestimmungen nur die eigentliche Bürgschaft, bezw. etwa die Fälle der kumulativen Interzession im Auge gehabt habe, unbegründet. Es wird also auch durch den dem Wort Interzession angehängten Beisatz „oder Bürgschaft" keineswegs der Begriff der Interzession näher bestimmt, sondern es wollte damit nur dem fremden Ausdruck Interzession, für welchen es ein entsprechendes deutsches Wort nicht gibt, die deutsche allgemein verständliche Bezeichnung desjenigen Rechtsgeschäftes an die Seite gestellt werden, welches die im Verkehre weitaus häufigste und deßhalb in den Augen des Nichtrechtsverständigen mit Interzession nahezu gleichbedeutende Art derselben darstellt.

Damit stimmt dann auch der Wortlaut des Pfandentwicklungsgesetzes durchaus überein, indem es die Bestimmungen über die Interzessionen der Frauenspersonen

---

2. a. o. Beil.-Heft, S. 123, 118 ff.; 4. a. o. Beil.-Heft, S. 158—171; 6. Prot.-Heft, S. 1533, 1540—1548.

[20] Kammer der Abg. von 1828, 7. Prot.-Heft, S. 1890—1892, 1907.

mit der Ueberschrift, „Aufhebung des Vellejanischen Rathsschlusses und der Auth. si qua mulier“ einleitet und nach der in Art. 5 (wie schon vorher in Art. 2) geschehenen Erwähnung der häufigsten Art der Interzession in den übrigen Artikeln konsequent immer nur von Interzessionen der Frauenspersonen redet, insbesondere in Art. 7 den jedenfalls von Interzessionen im weiteren Sinne handelnden Art. 1 des Pfandergänzungsgesetzes, soweit darin „besondere Belehrungen einer Frau über ihre Rechtswohlthaten und Verzichte auf solche zur Giltigkeit der weiblichen Interzession erfordert“ wird, für aufgehoben erklärt, in Art. 10, 11 und 12 endlich statt des Ausdruckes Interzession die Bezeichnung „Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit“ gebraucht.

So gehen denn auch die angesehensten württembergischen Rechtslehrer unzweifelhaft davon aus, daß die Vorschriften des Pfandentwicklungsgesetzes für alle Interzessionen im Sinne des gemeinen Rechtes gelten.[21] Hiemit übereinstimmend hat auch das Obertribunal schon mehrfach ausgesprochen, daß das württ. Recht darüber, welche Rechtsgeschäfte als Interzessionen zu betrachten und nach den durch das Pfandentwicklungsgesetz aufgestellten Normen zu beurtheilen seien, Nichts bestimme.[22]

Das hienach für den Begriff der Interzession maßgebende römische Recht versteht darunter jede freiwillige, durch Verhandlung mit dem Gläubiger erfolgende Uebernahme der einem Anderen obliegenden oder bevorstehenden Verbindlichkeit neben demselben oder anstatt desselben.[23]

---

[21] **Bolley**, Kommentar, Bd. III, S. 1137 ff.; **Wächter**, württ. Privatrecht, Bd. I, Abth. 2, S. 972; **Reyscher**, württ. Privatrecht, Bd. II, §. 478.

[22] **Tafel**, Civilrechtssprüche, Bd. II, S. 36, Bd. IV, S. 59; **Sarwey**, Monatschrift, Bd. XIV, S. 109; württ. Archiv, Bd. XI, S. 192 ff.; **Hufnagel**, Mittheilungen, Bd. I, S. 396.

[23] **Arndts**, Pand., §. 359; **Sintenis**, prakt. Civilrecht, Bd. II, §. 129; **Seuffert**, Archiv, Bd. XV, S. 385, 388.

Wenn auch einzelne Rechtslehrer den Begriff der Interzession im Sinne des Senatus consultum Vellejanum enger fassen und von demselben insbesondere die gewöhnlich nur als Ausnahmefälle des S. C. Vellej. aufgeführten Fälle der Uebernahme fremder Verbindlichkeiten mit dem animus donandi, oder gegen Bezahlung ausscheiden wollen,[24] so kann doch darüber kein gegründeter Zweifel bestehen, daß dem Begriffe der Interzession an sich, abgesehen von dem S. C. Vellej. solche Einschränkungen fremd sind, und daß das spätere römische Recht auch bei den Vorschriften für Interzession der Frauenspersonen von dem oben angegebenen weiten Begriffe der Interzession ausgeht.[25] Es konnte also auch das Pfandentwicklungsgesetz, ganz abgesehen davon, daß zur Zeit seiner Entstehung die Einschränkung des Begriffes der weiblichen Interzession im Sinne des S. C. Vellej. der Wissenschaft noch fremd war und daß seine Vorschriften sich auch auf die von dem S. C. Vellej. ohnehin unabhängigen Interzessionen der Ehefrauen für ihre Ehemänner erstrecken, nur von dem regelmäßigen weiteren Begriffe der Interzession, wie er oben angegeben ist, ausgehen.

Unter diesen weiteren Begriff aber fällt die in Frage stehende Uebernahme der ursprünglich nur den Ehemann berührenden Hälfte der betreffenden Schuld und es kann dahingestellt bleiben, ob die Interzession als kumulative oder als privative aufzufassen ist und ob letzterenfalls insbesondere eine wirkliche Novation des Schuldverhältnisses damit verbunden war. Denn der Art. 6 des Pfandentwicklungsgesetzes erklärt jede nicht vor einer gerichtlichen Stelle geschehene Interzession einer Frauensperson mit der alleinigen hier nicht zutreffenden Ausnahme der

---

[24] **Windscheid**, Pand., Bd. II, §. 485 und im Archiv für civil. Praxis, Bd. XXXII, S. 287 ff.; **Vangerow**, Pand., Bd. III, S. 176 ff.

[25] **Vangerow**, Pand., Bd. III, S. 180 ff.; **Sintenis**, Civilrecht, Bd. II, §. 129, N. 101.

Handelsfrauen für nichtig. Hiermit sind auch alle diejenigen Fälle, in welchen nach römischem Rechte ausnahmsweise die exceptio S. C. Vellej. nicht Platz griff und somit eine von einer Frauensperson ohne Beobachtung der vorgeschriebenen Form eingegangene Interzession dennoch für sie verbindlich war, unter die Vorschriften des Art. 5 gestellt, wie in dem Kommissionsberichte dießfalls ausdrücklich hervorgehoben ist, daß „mit den vorgeschlagenen Bestimmungen die exceptio und das beneficium S. C. Vellej. und die Authentica mit allen Ausnahmen" aufgehoben sein solle.[26] Hiedurch erledigen sich auch die Ausführungen, welche aus den Verhältnissen, wie solche zur Zeit der Uebernahme der Verbindlichkeit obwalteten, abzuleiten versuchen, daß hier gar keine wirkliche Interzession, auf welche die Vorschriften des Pfandentwicklungsgesetzes Anwendung finden könnten, vorliege. Wenn insbesondere hervorgehoben wird, daß die Frau von ihrem insolventen Manne einen Ersatz für das von ihr zu Leistende gar nicht erwartet habe, bezw. nicht habe erwarten können, so würde damit, die Richtigkeit der Behauptung vorausgesetzt, keineswegs der Begriff der Interzession ausgeschlossen, vielmehr nur ein der animo donandi eingegangenen Interzession ähnlicher, durch Art. 6 des Pfandentwicklungsgesetzes beseitigter, Ausnahmsfall begründet werden.[27] Wenn ferner von dem Gläubiger mit seiner weiteren Einwendung, daß er sich als Gegenleistung verpflichtet habe, die ihm zugewiesenen Waaren und Ausstände zur Gantmasse des Ehemannes, bei welcher die Frau interessirt gewesen sei, zurückzugeben, behauptet werden will, die Ehefrau habe für ihre Interzession eine Gegen-

---

[26] **Verhandlung der Kammer der Abgeordneten von 1828, a. a. o. Beil.-Heft, S. 160; Bolley, Kommentar, Bd. III, S. 1145; Sarwey, Monatschrift, Bd. XIV, S. 110; württ. Archiv, Bd. XIV, S. 377.**

[27] **Seuffert, Archiv, Bd. XV, S. 388 ff.**

leistung erhalten, so könnte auch dieß höchstens einen der durch das Pfandentwicklungsgesetz aufgehobenen Ausnahmsfälle begründen. [28]

Entscheidung des Obertribunals vom 22. Januar 1872 in der Appellationssache Seeger c. Härlin.

14) Die Einwendungen des Bürgen aus Versäumnissen des Gläubigers.

Die auf eine Nachlässigkeit des Gläubigers in Ausklagung des Hauptschuldners und den dadurch herbeigeführten Verlust der Forderung in dem Gante des Letzteren gestützte Einwendung des Bürgen läßt sich, wie von dem Obertribunal schon mehrfach ausgesprochen worden ist, [29] von einem zweifachen Gesichtspunkte aus begründen.

Sofern nämlich dem Bürgen die Einrede der Vorausklage zusteht, haftet er dem Gläubiger nur für denjenigen Betrag seiner Forderung, für welchen Letzterer vom Hauptschuldner keine Befriedigung erhalten kann. Der Gläubiger hat daher in Beitreibung der Forderung bei dem Hauptschuldner die erforderliche Sorgfalt anzuwenden und wenn demselben hiebei eine Säumniß zur Last fällt, so erwächst dem Bürgen hieraus, soweit er dadurch in Nachtheil gerathen ist, auf Grund der Rechtswohlthat der Vorausklage eine zerstörliche Einrede. Hat aber der Bürge sich *als* Selbstschuldner verpflichtet und damit auf die gedachte Rechtswohlthat verzichtet, so kann er aus dieser auch keine Einwendung wegen der Nachlässigkeit des Gläubigers in der Ausklagung des Hauptschuldners ableiten. [30] Wohl aber läßt sich eine derartige Einrede auch beim Verzichte des Bürgen auf die Rechtswohlthat der Vorausklage von einem andern Ausgangspunkte konstruiren. Der Bürge

---

[28] **Sarwey**, Monatschrift, Bd. XIV, S. 110; württ. Archiv, Bd. XIV, S. 377.

[29] Sarwey, Monatschrift, Bd. XIX, S. 295 ff.

[30] Sarwey, a. a. O., S. 297 ff.

kann nämlich von dem Gläubiger vor der Bezahlung Abtretung der Klage gegen den Hauptschuldner verlangen. Die auf Grund dessen dem Bürgen zustehende verzögerliche Einrede wird, wie das Obertribunal mehrfach angenommen hat, [31] in dem Falle, wenn der Gläubiger durch eigene Schuld die Klagenabtretung unmöglich gemacht hat, insoweit eine zerstörliche, als dem Bürgen durch die Unmöglichkeit der Klagenabtretung ein Schaden zugehen würde. Der Unmöglichkeit der Klagenabtretung wird dann von Vielen der Fall gleichgestellt, wenn der Gläubiger die Klage gegen den Hauptschuldner zwar an und für sich noch abtreten kann, aber nicht mehr mit aller Wirksamkeit, z. B. wenn dem Hauptschuldner vergantet worden ist. [32] Jedenfalls aber kann der Bürge, auch hievon ausgegangen, sich nicht auf jede Unmöglichkeit der Abtretung der Klage gegen den Hauptschuldner, sondern nur auf die vom Gläubiger verschuldete berufen und es hat daher derselbe, wenn er aus der Verbindlichkeit des Gläubigers zur Klagenabtretung die Einrede der Befreiung von der Bürgschaft ableitet, zur Begründung dieser Einrede darzuthun, daß dem Gläubiger eine Nachlässigkeit zur Last falle, welche den Verlust des Klagerechtes gegen den Hauptschuldner zur Folge gehabt habe, wogegen dann der Gläubiger, wenn er die Einrede des Bürgen entkräften will, replicando zu behaupten und zu beweisen hat, daß durch jene Nachlässigkeit dem Bürgen kein Nachtheil zugegangen sei.

Daß die blose Thatsache der Anborgung der Hauptschuld ohne Vorwissen des Bürgen an sich keine schuldhafte Handlungsweise des Gläubigers enthält, welche den Bürgen von der Verbindlichkeit zur Bezahlung der den Gegenstand der Bürgschaft bildenden Hauptsumme befreien

---

[31] Sarwey, Monatschr., Bd. XVII, S. 68, Bd. XIX, S. 300, 301; Seuffert, Archiv, Bd. VII, Nr. 311; Tafel, Civilrechtssprüche, Bd. V, S. 102, 103.

[32] Vergl. die in Sarwey, Monatschr., Bd. XIX, S. 281, angeführte Literatur.

könnte, bedarf nach der Bestimmung des Landrechts Thl. II, Tit. 5, §. 9 keiner weiteren Ausführung. Auf der andern Seite wird man jedoch davon auszugehen haben, daß durch diese Gesetzesbestimmung die Entbindung des Bürgen von seiner Verpflichtung wegen Anborgung der Hauptschuld über den ursprünglichen Verfalltermin hinaus ohne Wissen des Bürgen nicht überhaupt, d. h. ohne Rücksicht auf eine dem Gläubiger hiebei zur Last fallende besondere Verschuldung ausgeschlossen werden wollte. Denn die angeführte Vorschrift des Landrechtes hatte, wie sich aus der Haug'schen Relation ergibt,[33] den Zweck, die unter den Rechtslehrern bestrittene Frage,[34] ob der Gläubiger, welcher die an einem bestimmten Tage zu bezahlende Hauptschuld ohne Wissen des Bürgen länger anborge, dadurch allein schon seines Anspruchs an den Letzteren verlustig gehe, zu entscheiden. Im Uebrigen wollte aber offenbar an den allgemeinen Grundsätzen Nichts geändert werden.

Es hat daher der Bürge dem oben Bemerkten zufolge zur Begründung seiner Einrede solche Thatsachen zu behaupten und zu beweisen, welche die Anborgung der Hauptschuld über den festgesetzten Zahlungstermin hinaus als eine Nchlässigkeit des Gläubigers erscheinen lassen.

Entscheidung des Obertribunals vom 30. Dezbr. 1871 in der Appellationssache Baier c. Pfundt.

15. Schuldanerkennungsvertrag.

Der minderjährige Gottlob St. hatte als Kommis im Geschäfte des Georg Sch. verschiedene Veruntreuungen begangen. Zur Abwendung eines strafrechtlichen Verfahrens stellten die Eltern des Gottlob St., Christian St. und dessen Ehefrau, eine Schuld- und Bürgschaftsurkunde

---

[33] Landrechtsakten S. 308.

[34] Vergl. Vangerow, Pand., Bd. III, §. 578, Anm. 3 a. E.; Sintenis, Civilrecht, Bd. II, §. 129, Note 60; Girtanner, Bürgschaft, S. 486 ff.

über die auf 614 fl. 27 kr. festgesetzte Summe aus, worin sie diese Summe dem Sch. schuldig geworden zu sein bekannten und ratenweise Bezahlung derselben nebst Zinsen versprachen. Außerdem erklärte Christian St. in mehrfachen nachgefolgten Schreiben, daß er den Sch. in Bälde um seine Forderung befriedigen werde, und zwar geschah dieß, obwohl Christian St. anerkanntermaßen wußte, daß sein Sohn schon zuvor gegen die Größe der Ersatzforderung Einwendung erhoben und geltend gemacht hatte, daß er den Betrag nur in der Angst vor einer ihm drohenden Verhaftung anerkannt habe. Auf die von Sch. gegen Christian St. erhobene Klage auf Bezahlung der anerkannten Summe kam St. auf diese Einwendungen zurück, wurde aber damit nicht mehr zugelassen, indem in den Entscheidungsgründen des Obertribunals dießfalls ausgeführt wurde:

Mit den an den Kläger gerichteten und von diesem acceptirten Erklärungen hat der Bekl., obgleich er nach dem Widerspruch seines Sohnes Grund gehabt haben müßte, nachträglich seine Einwendungen gegen die Größe der klägerischen Forderung zu erheben und solche theilweise zu bestreiten, ohne Rücksicht hierauf ein selbständiges Zahlungsversprechen abgelegt, welches seinen Willen bekundet, abgesehen von der Frage, ob die Schuldsumme von 617 fl. 24 kr. ganz oder nur theilweise zu Recht bestand, sich zu Leistung dieser Summe an den Kläger zu verpflichten, und hat der Bekl. dadurch eine civilrechtliche Verbindlichkeit konstituirt.[35] Er ist daher nicht in der rechtlichen Lage, die Einwendungen seines Sohnes gegen die objektive Richtigkeit des Schuldbetrages jetzt noch für sich geltend zu machen und gegen die klägerische Forderung aufzutreten und Beweis

---

[35] **Wetzell**, Civilprozeß, S. 171; **Bähr**, über die Anerkennung, S. 165, 167; **Seuffert**, Archiv, Bd. XXII, Nr. 200 Bd. XXIV, Nr. 230, Bd. XVI, Nr. 218, Bd. XV, Nr. 114, Bd. XXI, Nr. 30, 31; vergl. **Sarwey**, Monatschrift Bd. XII, S. 391.

hiefür zu führen. Denn seine vorerwähnten Erklärungen sind nicht ein bloßes Beweismittel für das Bestehen der Schuld, sondern eine weitere Verpflichtung, welche nur auf den Grund des Irrthums, wenn ein solcher stattgehabt hätte, d. h. weil Beklagter irrthümlich indebite zu viel versprochen habe, anfechtbar wäre, aus diesem Grunde aber darum nicht angefochten werden kann, weil der Beklagte mit dem Bewußtsein jener Einwendungen sie eingegangen hat.[36]

Entscheidung des Obertribunals vom 6 Oktober 1871 in der Berufungssache Strähle c. Schwarz.

16) Schadenersatzklage auf Grund der Auskunftsertheilung eines Schultheißen im Wirthshause.

Am 12. Januar 1865 wurden in dem Wirthshause zu F. mehrere Liegenschaftskäufe abgeschlossen, welche auf Ersuchen der Kontrahenten von dem zufällig gleichfalls im Wirthshause befindlichen Schultheißen und Pfandhilfs-

---

[36] Wetzell, a. a. O., S. 172, Note 5; Seuffert, Archiv, Bd. XXII, Nr. 200, Bd. XXI, Nr. 30; Bd. XXIII, Nr. 118, Bd. XVIII, Nr. 137. — Dresdener Entwurf eines gemeinsamen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse: „Der Schuldner kann den Anerkennungsvertrag anfechten, wenn er denselben in der irrigen Voraussetzung eines bestehenden wirksamen Schuldverhältnisses überhaupt, oder des in dem Vertrage bezeichneten insbesondere, geschlossen hat, oder wenn sonst die Voraussetzungen für die Rückforderung einer Leistung wegen ungehöriger Bereicherung vorhanden sind." — Wenn in den Entscheidungsgründen des Obertribunals gesagt ist, daß der Anerkennungsvertrag nur auf den Grund des Irrthums angefochten werden könne, so hat hier der richtige Gedanke einen nicht ganz entsprechenden Ausdruck gefunden, da der Irrthum hier so wenig, als bei der condictio indebiti überhaupt den Grund der Anfechtung bildet und derselbe nur insofern in Betracht kommt, als das wissentliche Anerkenntniß einer Nichtschuld die Anfechtung des Anerkenntnisses ausschließt. Vergl. meine Ausführung in Sarwey's Monatschrift, Bd. XX, S. 238 ff., Note 37.

beamten L. daselbst niedergeschrieben wurden. Einer dieser Verträge wurde von Andreas Sch. als Bürge und Selbstschuldner für den Käufer H. S. von K. unterzeichnet und mußte derselbe wegen Zahlungsunfähigkeit des Käufers für diesen eintreten, was zur Folge hatte, daß auch über ihn der Konkurs ausbrach. Andreas Sch. nahm nun den Schultheißen L. auf Ersatz des ihm durch seine Bürgschaft zugegangenen Schadens in Anspruch, indem er diesen Anspruch darauf stützte, daß er den Beklagten, als dieser den Kauf niedergeschrieben, um Auskunft über die Vermögensverhältnisse des Käufers G. S. unter dem Anfügen ersucht habe, daß er nur 600 fl. Vermögen habe und unglücklich würde, falls ihm aus der Bürgschaft Gefahr drohen sollte, und daß der Beklagte hierauf erwidert habe, auf dem Anwesen des G. S. haften blos 300 fl. Pfandschulden und aus der Bürgschaft drohe für den Bürgen keine Gefahr, daß sich beides aber als unrichtig erwiesen und der Beklagte sich daher bei der Auskunftsertheilung einer Verletzung seiner Amtspflichten als Schultheiß oder Pfandhilfsbeamter schuldig gemacht habe, welche ihn zum Schadenersatz verpflichte. Die Klage wurde abgewiesen und in den oberstrichterlichen Entscheidungsgründen dießfalls gesagt:

Der behauptete Vorgang fand im Wirthshause statt, während der Beklagte auf Ansuchen der Kontrahenten in dem Niederschreiben ihrer Kaufverträge begriffen war. Es ist nun eine unrichtige Voraussetzung, wenn angenommen wird, daß einen Mann, welcher ein öffentliches Amt bekleidet, dieses Amt immer und überall hin begleite, daß insbesondere, wenn, wie im gegebenen Falle, der betreffende Mann sich zu seiner Erholung in Gesellschaft in einem öffentlichen Wirthshause begibt, ihn auch dorthin die Bürden und Würden seines Amtes begleiten müssen. Wenn der Beklagte dem Kläger in jenem Wirthshauslokal auf seine Anfrage Rede stand und Auskunft, so gut er sie geben zu können glaubte, ertheilte, so geschah dieß lediglich aus Gefälligkeit, nicht aber in Folge einer amtlichen Ver-

pflichtung oder der Ausübung einer Amtshandlung und unterscheidet sich jene Auskunftsertheilung in Nichts von der Auskunftsertheilung jedes anderen Privatmannes, welche etwa der Kläger von demselben, in Voraussetzung besonderer näherer Bekanntschaft mit den Verhältnissen, erbeten hätte. Bloße etwaige Rathsertheilungen eines Privatmannes aber verpflichten nicht zum Schadenersatz, wenn sie nicht etwa aus Arglist, welche hier nicht behauptet wurde, hervorgegangen sind. Auch der Umstand, daß der Beklagte in Niederschreibung der drei Kaufverträge den Kontrahenten auf Ansuchen seine Feder lieh, kann an der Sache Nichts ändern, indem dessen Eigenschaft als Schultheiß und Pfandhilfsbeamter hiebei außer Spiel blieb und seine Mühewaltung als auf gleicher Linie mit derjenigen jedes andern Schreibverständigen stehend zu betrachten ist, welchen die Kontrahenten um die schriftliche Abfassung ihrer Verträge hätten angehen mögen. Sollte also auch der Kläger, indem er den Beklagten um Auskunft über die Vermögensverhältnisse des Käufers G. S. im Wirthshause anging, geglaubt haben, von dem Beklagten eine ihn sicher stellende Auskunft zu erhalten, so hat er doch nach Ort, Zeit und der gewählten Art, diesen Aufschluß zu verlangen, einen verfehlten Weg eingeschlagen und hat es nur diesem Umstande zuzuschreiben, wenn die erhaltene Auskunft eine ungenügende war. Er hätte sich selbst sagen sollen, daß der Schultheiß, in Ermangelung der öffentlichen Bücher, sich bei der von ihm geäußerten Ansicht leicht täuschen könne. Hienach können die angeblichen Aeußerungen, welche der Beklagte am 12. Januar 1865 im Wirthshause zu F. über die Vermögensumstände und die Zahlungsfähigkeit des Käufers G. S. von da gethan haben soll, nicht als in amtlicher Eigenschaft und unter amtlicher Verantwortlichkeit geschehen angesehen werden und fällt damit der Grund der erhobenen Schadenersatzklage zusammen.

Entscheidung des Obertribunals vom 11. November 1871 in der Berufungssache Schellhorn c. Lennenburger.

17) Schadenersatz wegen Tödtung eines Menschen.[37]

Zufolge des Art. 13 des Gesetzes vom 5. September 1839 hat Derjenige, welcher den Tod eines Anderen verschuldet hat, „solchen Personen, welche der Getödtete zu ernähren verbunden war, wenn und soweit sie durch diese Tödtung ihren Lebensunterhalt verlieren, Vergütung zu leisten." Die vom Gesetze gewährte Klage ist also nicht, wie man vielleicht aus allgemeinen Grundsätzen könnte ableiten wollen, eine reine Schadensersatzklage, sondern lediglich ein Anspruch auf Ersatz der Alimente, welche der Kläger von dem Getödteten zu fordern berechtigt war. Aber auch diese Vergütung kann der Beschädigte nur fordern, wenn und soweit er durch die Tödtung seinen Lebensunterhalt verloren hat, also z. B. dann nicht, wenn er noch andere Mittel hat, welche ihm seinen Lebensunterhalt, wie er ihn vom Getödteten zu fordern berechtigt war, sichern.[38] Der Vater, welcher wegen Tödtung seines Sohnes Vergütung fordert, hat daher zum Nachweis seiner Berechtigung auf Alimentirung durch seinen getödteten Sohn gemäß der Bestimmung des Landrechtes, Thl. IV, Tit. 14, §. 1, zunächst zu begründen,

daß er durch eigenes Vermögen oder eigene Erwerbsthätigkeit sein nothdürftiges Auskommen nicht habe, und

daß sein Sohn zu seiner, des Klägers, und seiner Ehefrau Unterstützung, neben dem eigenen Unterhalt die nöthigen Mittel oder hinreichenden Verdienst gehabt habe.

Entscheidung des Obertribunals vom 6. Okt. 1871 in der Berufungssache König c. Schmohl.

---

[37] **Dieses Archiv, Bd. VI, S. 226.**

[38] **Wächter, Erläuterungen zu dem Gesetze, betreffend die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen, S. 54, Note 118; Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1839, Beil.-Heft II, S. 405 f.; Prot.-Bd. II, Sitzung 23, S. 41 f., 46.**

18) Verpflichtung des Kirchenbaupflichtigen zum Neubau.

In einem Falle, in welchem die Verpflichtung zur Erhaltung eines Kirchengebäudes, sowie weiter unbestritten ist oder feststeht, daß das Kirchengebäude inzwischen von dem Baupflichtigen in baulichem Stande erhalten worden, wie es in den einzelnen Fällen das jedesmalige Bedürfniß mit sich gebracht hat, bringt es schon in Anbetracht des Umstandes, daß sich zwischen umfassenden Wiederherstellungen von Gebäuden ohne die Nothwendigkeit eines Neubaus und letzterem eine rechtliche Unterscheidung nicht mehr machen läßt und jene von selbst in die Nothwendigkeit eines Neubaus übergehen können, die Natur der Sache mit sich, daß die unbeschränkte Verbindlichkeit zur Erhaltung eines Gebäudes im Bedürfnißfalle auch die Verpflichtung zum Neubau in sich begreift, indem sich, wenn eine solche Verbindlichkeit allgemein anerkannt ist und nicht Thatsachen vorliegen, welche für eine Einschränkung der Verpflichtung auf bloße Reparaturen sprechen, zwischen einem nicht mehr zu reparirenden Kirchengebäude und einem solchen, welches die umfassendsten Reparaturen und Wiederherstellungen erfordert, nicht unterscheiden läßt. [39]

Entscheidung des Obertribunals vom 27. April 1872 in der Berufungssache Blaubeuren c. Markbronn.

19) Konventionalstrafe zur Bestärkung eines ungiltigen Eheversprechens.

Rosalie Beck hatte dem Bonifacius Rist die Ehe versprochen und zu Bekräftigung ihres Vorhabens, den Letzteren zu heirathen, diesem die urkundliche Zusicherung ertheilt, daß sie ihm, wenn sie einen Anderen heirathen sollte, die Summe von 1000 fl. als Konventionalstrafe bezahlen werde. Der Vater der Rosalie Beck hatte jedoch

[39] Württ. Archiv, Bd. 11, S. 96, 97.

dem Eheversprechen seiner Tochter die Zustimmung nicht ertheilt und es heirathete diese einen Anderen. Nun verlangte Rist die Konventionalstrafe von 1000 fl. Er wurde jedoch mit diesem Anspruche von den Gerichten abgewiesen und es besagen dießfalls die Entscheidungsgründe des Obertribunals:

Aus dem Vorbringen des Klägers geht hervor, daß die Konventionalstrafe von 1000 fl. zur Bestärkung des Eheversprechens vereinbart worden ist. Die Verabredung der Konventionalstrafe ist somit als Nebenvertrag zu dem Eheversprechen der Beklagten anzusehen. Der Kläger hat sodann zugegeben, daß eine Zustimmung des Vaters der Beklagten zu dem Eheversprechen derselben nicht erfolgt ist. Das Eheversprechen der Beklagten war sonach schon wegen der mangelnden Zustimmung ihres Vaters nichtig. [40] Man kann nun dahingestellt lassen, ob immer dann, wenn das Hauptgeschäft ungiltig ist, auch der Nebenvertrag, durch welchen eine Konventionalstrafe bedungen worden ist, hinfällig ist, denn in vorliegendem Falle muß dieß letztere jedenfalls angenommen werden. Die Bestimmung der Gesetze, wonach heimliche Eheversprechen ungiltig sind, beruhen theils auf legislativen Rücksichten, Rücksichten auf die Familie der Verlobten und deren künftige Wohlfahrt, somit auf Gründen des öffentlichen Rechtes, theils darauf, daß die Gesetze in solchen Eheversprechen eine Verletzung der den Eltern schuldigen Ehrerbietung erblicken, vermöge deren die Eltern berechtigt sind, zu verlangen, daß die Kinder bei einem so wichtigen Verhältniß, ehe sie eine Verbindung eingehen, den Rath ihrer Eltern hören und daß sie solche ohne die vorgängige Einwilligung der Eltern eingegangene Eheversprechen als nicht aus der gehörigen reiflichen Erwägung hervorgegangene betrachten.

---

[40] Richter, Kirchenrecht, S. 563 bei Note 6; Eichhorn, Kirchenrecht, S. 434; Glück, Komment., Bd. XXIII, S. 45; Holzschuher, Theorie und Kasuistik, 3. Aufl., Bd. I, S. 572, Ziff. 14;

Mit der Absicht und den Zwecken der Gesetze nicht zu vereinbaren wäre es hienach, wenn trotz der Unverbindlichkeit des Eheversprechens selbst die Konventionalstrafe, welche zur Bestärkung desselben dienen soll, somit einen Zwang zur Festhaltung desselben enthält, als giltig und rechtsverbindlich zu betrachten wäre, vielmehr muß in solchen Fällen auch der Konventionalstrafe die Wirksamkeit abgesprochen werden.

Entscheidung des Obertribunals vom 4. Nov. 1811 in der Berufungssache Rist c. Beck.

20) Einsegnung einer gemischten Ehe durch den unzuständigen Geistlichen unter der Herrschaft des Religionsediktes.

Heinrich H. von Schlierbach, evangelischer Konfession, verheirathete sich im September 1849 mit der, der katholischen Konfession angehörigen Viktoria G. in Dizenbach und es wurde die Ehe durch den kathol. Geistlichen zu Dizenbach eingesegnet. Diese Ehe wurde als nichtig angefochten, weil nach dem Religionsedikte vom 15. Okt. 1806, Ziff. VII,[41] unter dessen Herrschaft die Ehe der G.'schen Eheleute geschlossen worden, deren Einsegnung durch den evangelischen Pfarrer des Bräutigams hätte erfolgen sollen. Von der Civilkammer des Obertribunals wurde diese Einwendung gegen die Giltigkeit der Ehe verworfen aus folgenden Gründen:

Das Religionsedikt bestimmte zwar, daß die zur Giltigkeit der Ehe erforderliche Einsegnung durch den Geistlichen des Bräutigams erfolgen solle. Hiegegen kommt jedoch in Betracht, daß nach protestantischem Kirchenrecht

---

Lang, Handb. des württ. Privatrechtes, §. 42, S. 222, Ziff. 6 u. Note d, S. 223, vergl. mit §. 41, S. 215, Ziff. 2; württ. Ehegerichtsordnung, Thl. II, Kap. VI, S. 1—5 u. Thl. I, Kap. II, §. 1—3.

[41] Regierungsblatt von 1807, S. 610; württ. Archiv, Bd. II, S. 331.

auch die von einem unzuständigen Geistlichen getraute Ehe als giltig betrachtet wird.[42] Schon hiernach läßt sich nicht voraussetzen, daß an die Nichtbeachtung der fraglichen Vorschrift des Religionsediktes die Folge der Nichtigkeit der Ehe habe geknüpft werden wollen, vielmehr ist anzunehmen, daß die Absicht des Gesetzgebers nur dahin gegangen sei, unter Gleichstellung der christlichen Konfessionen das Prinzip auszusprechen, daß bei jeder Ehe die priesterliche Einsegnung wesentlich erfordert werde, mit der weiteren Vorschrift aber, daß die Einsegnung durch den Pfarrer des Bräutigams zu geschehen habe, nur eine reglementäre, den Rechtsbestand der Ehe nicht berührende Norm zu geben. Im Einklang hiemit wurden schon in der nächsten Zeit nach Erlassung des Religionsediktes Dispensationen von der gedachten Vorschrift für zulässig erklärt und ist von den ehegerichtlichen Behörden wiederholt ausgesprochen worden, daß Verfehlungen gegen dieselbe auf die Giltigkeit der Ehe keinen Einfluß haben.[43]

Entscheidung des Obertribunals vom 19. Sept. 1871 in der Berufungssache Gaiser c. Heldbeck.

21) Wirkt die Anerkennung eines vor der Verehelichung seiner Mutter gezeugten Kindes durch den nachherigen Ehemann der Mutter auch zu Gunsten des Letzteren?

Wilhelm Faßnacht von R. hatte sich am 9. Januar 1867 mit Pauline Wißner von G. verheirathet und am 30. April 1867, somit schon am 111. Tage nach Ein=

---

[42] **Richter**, Kirchenrecht, §. 265; **Seuffert**, Archiv, Bd. XIII, Nro. 258; Bd. XV, Nro. 133.

[43] Dekret des K. Ministeriums der geistl. Angelegenheiten vom 11. Juli 1812 (**Reyscher**, evangel. Kirchengesetze, Thl. II, S. 288); **Süskind und Werner**, Ehegesetze, Bd. II, S. 10; Bd. IV, S. 51, 52, 59, 60, 61; **Hauber**, Recht und Brauch, Bd. II, §. 151, 152, 157 Anm.; S. 170 Anm.; S. 288; **Reyscher**, württ. Privatrecht, Bd. III, §. 550; **Weishaar**, württ. Privatrecht, Bd. I, §. 135; **Wächter**, württ. Privatrecht, Bd. I, S. 834, 835.

gehung der Ehe, hatte die Ehefrau ein Kind geboren, welches auf den Namen des Ehemanns als eheliches Kind in das Geburts- und Taufregister eingetragen worden war. Nach dem am 8. März 1869 erfolgten Tode der Ehefrau war das Kind von den mütterlichen Großeltern in Erziehung und Pflege genommen worden und es hatte der Wittwer wieder geheirathet. Als aber diese zweite Ehe in Folge von Ehedissidien wieder getrennt worden, verlangte Faßnacht die Herausgabe des von seiner ersten Ehefrau geborenen Kindes auf Grund seiner Vaterschaft zu demselben von dessen Großeltern und erhob, als die Herausgabe verweigert worden, gerichtliche Klage gegen dieselben. Die Klage wurde wegen mangelnden Beweises der Vaterschaft des Klägers zu dem Kinde abgewiesen und ist aus den Entscheidungsgründen Folgendes auszuheben:

Das Kind ist vor dem 182. Tage nach Eingehung der Ehe geboren, also vor der Ehe erzeugt. Eine Präsumtion, daß die Zeugung durch den Kläger erfolgt sei, besteht daher nicht. Die der Zeugung des Kindes nachgefolgte Ehe des Klägers mit der Mutter des Kindes ändert hieran Nichts, sofern das Kind durch diese Ehe die Rechte eines ehelichen nur erlangen konnte, wenn dasselbe von dem Kläger erzeugt worden ist. Denn auch die Voraussetzung für die Legitimation eines Kindes durch die nachfolgende Verehelichung seiner Mutter ist die Thatsache der Erzeugung des Kindes durch den nachherigen Ehemann.[44] Nun hat allerdings der Kläger das von seiner Ehefrau am 30. April 1867 geborene Kind auf seinen Namen taufen und in das Geburtsregister als sein eheliches Kind eintragen lassen, und es liegt in dieser Handlung die stillschweigende Erklärung des Klägers, das Kind als sein Kind anerkennen zu wollen. Allein diese Anerkennung hat, wie das Obertribunal schon mehrfach ausgesprochen hat, nur die Bedeutung eines Beweismittels.[45] Aller-

---

[44] **Dieses Archiv, Bd. XI, S. 93, 94; Bd. XIV, S. 163.**

[45] **Dieses Archiv, Bd. XI, S. 94 ff., S. 102; Bd. XIV, S. 164.**

dings des vorzüglichsten Beweismittels, wenn es sich um die Legitimationsfrage im Interesse und zu Gunsten des Kindes handelt, denn in diesem Falle ist das Kind, wenn es von dem Ehemanne anerkannt wird, auf den Grund dieses Zugeständnisses bis zum Beweise des Gegentheils als legitimirt zu erachten. Allein wenn das Anerkenntniß auch zu Gunsten des Kindes gegen den Ehemann und gegen Dritte entscheidend ist, und die Beweislast umkehrt, so gilt nicht dasselbe, wenn der Ehemann zu seinen Gunsten die Vaterschaft zu dem Kinde behauptet. Hier kann der Erklärung des Ehemannes über die Vaterschaft, welche in diesem Falle als eine blose Behauptung des Beweispflichtigen erscheint, eine entscheidende Bedeutung für die Beweisfrage nicht zukommen, und es kann dieselbe nur je nach den Umständen des einzelnen Falles eine Anzeige für die Vaterschaft bilden. Auch als Anzeige für die Vaterschaft des Klägers erscheint aber das Anerkenntniß desselben nicht von Bedeutung, da der Kläger verschiedene Gründe haben konnte, das Kind seiner Ehefrau, die er in schwangerem Zustande geheirathet, vor der Welt als sein Kind anzuerkennen, und zudem derselbe durch einen vorehelichen geschlechtlichen Umgang mit seiner Ehefrau in die Meinung der Vaterschaft versetzt sein konnte, ohne daß die Meinung gegründet war. In der That würde auch die Vaterschaft des Klägers, selbst wenn ein vorehelicher geschlechtlicher Umgang in der kritischen Zeit stattgefunden hätte, was dahingestellt bleiben kann, keineswegs außer Zweifel gestellt sein, vielmehr sprechen sehr erhebliche Anzeigen dagegen und für die Vaterschaft eines Andern.

Entscheidung des Obertribunals vom 5. Juli 1871 in der Berufungssache Faßnacht c. Wißner.

22) Erziehungsrecht der Eltern bei faktisch getrennter Ehe.

Der bezüglich der Kinder von Eheleuten, welche faktisch von einander getrennt leben, geltende Rechtssatz, daß dar-

über, bei welchem der Ehegatten die Kinder zur Erziehung belassen werden sollen, für die Regel und unter sonst gleichen Verhältnissen ausschließlich der Wille des Vaters entscheide und dessen Uebergehung nur dann gerechtfertigt sei, wenn das Wohl der Kinder es wirklich erheische, muß zwar eben mit Rücksicht auf das Wohl der Kinder, sofern dieselbe in den ersten Lebensjahren vorzugsweise der mütterlichen Wart und Pflege bedürfen, dahin eingeschränkt werden, daß der Regel nach bis zum beginnenden siebenten Lebensjahre die Kinder, wenn die Mutter gut prädizirt und zur Erziehung befähigt ist, auch ohne besondere sonstige dafür sprechende Gründe dieser zur Erziehung überlassen werden; allein wo der Umstand, daß das Kind bis zu dem gedachten Alter vorzugsweise der mütterlichen Wart und Pflege bedarf, nicht den Ausschlag zu geben geeignet ist, verbleibt es wiederum bei der Regel, daß der Vater seinen Willen, das Kind bei sich zu behalten, zur Geltung zu bringen berechtigt ist.[46]

Auf Grund dessen wurde in einem Falle, in welchem das 3½ Jahre alte Mädchen bisher von der mit dessen Vater in derselben häuslichen Gemeinschaft lebenden Mutter des Letzteren anerkannt unmangelhaft verpflegt worden und dieß insbesondere auch während einer schweren Erkrankung des Kindes der Fall gewesen war, auch die Mutter des Kindes nicht bestritten hatte, daß ihre auch zur ferneren Verpflegung des Kindes bereite Schwiegermutter das Kind auch künftig in gleich guter und entsprechender Weise verpflegen werde, dem Vater zugesprochen.

Entscheidung des Obertribunals vom 16. März 1872 in der Berufungssache Gühring c. Gühring.

23) Der Arrogationsvertrag ist kein Erbvertrag.

Die Grundsätze des römischen Rechtes über Adoption sind wie im gemeinen, so auch im württ. Rechte und nach

---

[46] Dieses Archiv, Bd. IV, S. 429 ff.

Art. 48 des Notariatsgesetzes vom 14. Juni 1843 für die Annahme an Kindesstatt noch vollkommen in Geltung.[47] Die Adoption bezw. Arrogation ist daher nicht vom Gesichtspunkt eines Erbvertrages aufzufassen, sondern als ein unter gerichtlicher Autorität erfolgender Rechtsakt über die Aufnahme des zu Arrogirenden zum Kinde und Familiengliede des Arrogirenden, dessen Schwerpunkt in der Begründung eines Familienverhältnisses liegt.[48] Sie bewirkt die Entstehung des vollen gegenseitigen Rechtsverhältnisses zwischen Hausvater und Kind mit allen seinen Rechten und Pflichten und begründet die väterliche und bezw. elterliche Gewalt, den Nießbrauch des Vaters am Vermögen des Kindes und ein gegenseitiges gesetzliches Intestat- und Notherbrecht, wie es bei leiblichen Kindern besteht und mit dem gleichen Rechte letztwilliger Verfügung der Adoptiveltern, wie solches den leiblichen Eltern gegen ihre Kinder zukommt.[49] Dieses Rechtsverhältniß und seine Wirkungen zur Darstellung zu bringen, ist die Aufgabe der Adoptionsurkunde.

Entscheidung des Obertribunals vom 16. Juni 1871 in der Berufungssache Zimmermann c. Weishaupt u. Gen.

24) Die Zuziehung von Zeugen bei Erbverzichten der Eheleute.

Erbverträge können nach der Bestimmung des Landrechtes, Thl. III, Tit. 8, §. 3, unter Eheleuten nur alsdann abgeschlossen werden, wenn zu deren Eingehung auf

---

[47] **Sintenis**, Civilrecht, Bd. II, §. 139; **Gerber**, deutsches Privatrecht, 8 Aufl., §. 250, 242; **Weishaar**, württ. Privatrecht, Bd. I, §. 254, Bd. II, §. 887; **Griesinger**, Kommentar, Bd. X, S. 1100; **Kübel**, Erbrecht, §. 18, 24; **Lang**, Familienrecht, §. 38.

[48] **Lang**, a. a. O.

[49] **Lang**, a. a. O., S. 180, 182, 184, 185, Note 32; **Weishaar**, a. a. O., §. 678, 887, §. 254; **Kübel**, Erbrecht, §. 18, 24, 73; **Sintenis**, a. a. O., Bd. III, S. 108, 116.

jeder Seite drei Zeugen zugezogen werden. Für die Annahme, daß vertragsmäßige Erbverzichte von dieser Vorschrift ausgenommen seien, liegen zureichende Gründe nicht vor, wie das Obertribunal schon in seinem Plenarbeschlusse vom 6. April 1861 ausgesprochen hat.[50] Die Ansicht, daß die Beobachtung der erwähnten Form jedenfalls dann nicht nöthig sei, wenn Eheleute ihre gesammten vermögensrechtlichen Verhältnisse im Vertragswege ordnen und der hiebei erklärte Erbverzicht nur eine einzelne Bestimmung des Vertrages und eine Gegenleistung für andere Konzessionen bilde, ist nicht richtig. Wenn in einem Vertrage Vereinbarungen über verschiedenartige Rechtsverhältnisse getroffen werden und nur zur Giltigkeit der Verabredung über das eine oder andere dieser Verhältnisse die Beobachtung einer besonderen Form erforderlich ist, so kann allerdings aus der in Folge der Nichteinhaltung der Form sich ergebenden Nichtigkeit des betreffenden einzelnen Theiles des Geschäftes (hier also aus der Ungiltigkeit des Erbverzichtes) nicht ohne Weiteres auch die Ungiltigkeit aller übrigen Vertragsbestimmungen abgeleitet werden. Aber es ist nicht die umgekehrte Schlußfolgerung statthaft, daß, weil ein Theil der Vertragsbestimmungen einer besonderen Form nicht bedurft habe, deßhalb auch die übrigen Verabredungen gelten müssen, welche gesetzlich nur unter Beobachtung gewisser Förmlichkeiten giltig getroffen werden konnten.[51]

Entscheidung des Obertribunals vom 19. Sept. 1871 in der Berufungssache Gaiser c. Heldbeck.

25) Das statutarische Erbrecht der Ehegatten.

Die Behauptung, daß das statutarische Erbrecht der Ehegatten nur Platz greife, wenn dieselben auf das Güter-

---

[50] Württ. Archiv, Bd. VI, S. 233 ff.; vergl. Tafel, Civilrechtsspr., Bd. V, S. 87 ff.

[51] Vergl. Notariatsgesetz von 1843, Art. 26, Abs. 2; Wächter, württ. Privatrecht, Bd. II, S. 768.

verhältniß der landrechtlichen Errungenschaftsgesellschaft geheirathet und solches bis zum Tode des einen Gatten beibehalten haben, ermangelt der gesetzlichen Begründung. Die statutarische Portion ist nichts Anderes, als der durch das Landrecht festgesetzte Erbtheil der überlebenden Ehegatten und nirgends spricht das Landrecht aus, daß dem Ueberlebenden dieser Erbtheil nur in dem Falle des Bestehens der Errungenschaftsgesellschaft zustehe. Aus der Entsagung auf letztere folgt daher nicht von selbst auch die Entsagung auf das landrechtliche Erbrecht, die statutarische Portion. [52]

Entscheidung des Obertribunals vom 19. Sept. 1871 in der Berufungssache Gaiser c. Heldbeck.

26) Einsetzung des Notherben auf vorempfangenes Heirathgut.

Nach dem Wortlaute der Nov. 115, cap. 5 und des Landrechtes, Thl. III, Tit. 14, §. 1, genügt es, wenn der Notherbe auf irgend einen Theil der Verlassenschaft, wenn auch nur auf eine bestimmte Sache als Erbe eingesetzt worden ist, und zwar genügt auch die Einsetzung auf das vorempfangene Heirathgut und die Aussteuer. Denn da die Heirathgüter und Aussteuern nach der ausdrücklichen Bestimmung des Landrechtes, Thl. III, Tit. 23, §. 1, zu konferiren sind, so ist es so anzusehen, wie wenn ihr Betrag noch zur Zeit des Todes in der Erbschaft vorhanden wäre. [53] Dagegen ist es rechtlich begründet, daß, wenn die Eltern bezüglich des Heirathgutes und der Aussteuer eine Ausgleichung zwischen ihren Kindern vornehmen, diese

[52] Vergl. Volley, 33 Aufsätze, S. 277; derselbe, Amtsinstruktion, S. 54, 39; Gmelin, Ordnung der Gläubiger, S. 780, §. 33; Griesinger, Kommentar, Bd. VIII, S. 493 ff.; Stein, Erbrecht, 1. u. 2. Ausg., §. 144, 3. Ausg., §. 221, Note 1; Sarwey, Monatschrift, Bd. III, S. 440; Entwurf eines Gesetzes über eheliche Gütergemeinschaft, §. 161, Motive, S. 164.

[53] Dieses Archiv, Bd. VIII, S. 127; Bd. XIII, S. 428 ff.

die ihnen gegebenen Heirathgüter und Aussteuern nicht zu konferiren haben, und können alsdann dieselben nicht als Theile der Erbschaft betrachtet werden. Es würde daher, wenn in einem solchen Falle der Notherbe blos auf sein Heirathgut und seine Aussteuer als Erbe eingesetzt würde, derselbe als in dem Testamente präterirt erscheinen, indem eine Erbseinsetzung auf ein nicht zur Erbschaft gehöriges Vermögen keine Erbseinsetzung im rechtlichen Sinne ist.

Entscheidung des Obertribunals vom 30. Mai 1871 in der Berufungssache v. Weinbach c. v. Speth.

27) Testamentarische Anordnung der pflegschaftlichen Verwaltung des Pflichttheils eines in Amerika befindlichen minderjährigen Noth-Erben in Württemberg.

Die am 19. Februar 1868 gestorbene Ehefrau des Müllers K. zu Zell, Gemeinde Reichenberg, OA. Backnang, setzte in ihrem Testamente vom 4. September 1863 neben ihrem Ehemann und ihren Kindern auch das Kind eines verstorbenen Sohnes, Friedrich Höfer in Warren im Staate Ohio in Nordamerika unter Beschränkung auf den Pflichttheil zu Erben ein. Dabei bestimmte sie in Punkt 6 des Testamentes weiter: „Meine Absicht ist, meinem Enkel seinen Pflichttheil zu sichern. Ich verfüge daher, daß seine Portion in pflegschaftliche Verwaltung zu stellen und ihm bei seiner Verheirathung oder Volljährigkeit zu verabfolgen ist. Von einer Ausfolge, so lange er minderjährig ist, kann keine Rede sein, da ich nicht weiß, ob und wie die Sicherheit der Erbtheile in Amerika erfolgt. Diese Bestimmung kann daher auch nicht als belastend angesehen werden, da ich dieß keineswegs bezwecken will.“ Nachdem die Erbschaft von sämmtlichen Erben angetreten war, verlangten die übrigen Erben, daß in Vollziehung des Testamentes der Pflichttheil nicht an den für den Enkel Friedrich Höfer in Amerika bestellten Pfleger B. zu Warren ausgefolgt, sondern von der württembergischen Behörde verwaltet

und ein Vermögensverwalter bestellt werde, während der amerikanische Pfleger die Herausgabe der Erbschaft an die Vormundschaft in Amerika verlangte. Der Gemeinderath zu Reichenberg beschloß am 23. Sept. 1869, seine Zuständigkeit zur Beaufsichtigung der Vermögensverwaltung anzunehmen, und bestellte sofort den Gemeinderath L. zum Vermögensverwalter und von dem K. Justizministerium wurde die erforderliche Genehmigung hiezu ertheilt. Nun erhob der amerikanische Pfleger B. zu Warren gerichtliche Klage auf Anerkennung des Anspruchs des Klägers auf alsbaldige Ausfolge des Pflichttheils gegen die miterbenden Kinder, weil diese sich auf Grund des Punkt 6 des Testamentes ein Recht des Widerspruchs gegen die Herausgabe des Pflichttheils zuschreiben und diese mittelst der öffentlichen Verwaltung verhindern, dieser Punkt 6 aber eine unstatthafte Belastung des Pflichttheils enthalte. Diese Klage wurde abgewiesen und es besagen dießfalls die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe:

Die getroffene Anordnung einer in Württemberg zu führenden Pflegschaftsverwaltung beruht nicht auf dem Gesetze, sondern auf dem Privatwillen der Erblasserin und dem Verlangen der Beklagten, daß dieser Privatwille realisirt werde. Die öffentliche Behörde hat sich zu dieser Pflegschaftsverwaltung nur unter der Voraussetzung, daß und so lange dieser Privatwille zu Recht besteht, herbeigelassen. Die auf die Beseitigung dieser Pflegschaft und auf Ausfolge des Pflichttheils gerichtete Klage konnte daher nicht gegen die Behörde oder den Pfleger, sondern nur gegen die Beklagten gerichtet werden, welche die Errichtung der Pflegschaft aus jenem privatrechtlichen Grunde veranlaßt haben und festhalten. Zu diesem ihrem Verlangen sind die Beklagten formell berechtiget, weil Miterben, wenn sie gleich kein pekuniäres Interesse daran haben, befugt sind, Namens des Erblassers, den sie vertreten, darauf zu dringen, daß ein im Testamente auferlegter Modus erfüllt werde, — l. 7 D. de annuis legatis (33, 1); cf. l. 18,

§. 2 D. fam. herc. (10, 2) —[54] und weil eine Ausnahme von dieser Erzwingbarkeit eines Modus nur dann stattfindet, wenn dieser den Vortheil des Verpflichteten allein zum Zwecke hat, nicht aber dann, wenn, wie hier, der bezweckte Vortheil eine Vorsichtsmaßregel ist, an deren Vollziehung zugleich auch der Testirer ein Interesse hatte — l. 71 pr. D. de condit. (35, 1). — Hienach ist die Klage gegen die rechten Beklagten gerichtet. Die Anordnung einer Pflegschaftsverwaltung in Württemberg ist nicht als unstatthafte Belastung des Pflichttheils zu betrachten. Auch wenn die Testirerin die Pflegschaft in Württemberg nicht verordnet hätte, so wäre dieser Pflichttheil doch nicht sofort in die Verfügungsgewalt seines Eigenthümers gekommen, sofern er in Amerika entweder in die Hände der Mutter des Pfleglings gelangt oder dort gleichfalls unter pflegschaftliche Verwaltung gestellt worden wäre. Eine Belastung durch die württ. Pflegschaft wäre also nur dann anzunehmen, wenn nachweisbar wäre, daß für das Interesse des Pfleglings durch die Verwaltung der Mutter oder durch einen amerikanischen Pfleger besser gesorgt sei, als dieß in Württemberg der Fall ist. Für einen solchen Beweis fehlt es aber an jedem Anhaltspunkte. Denn welches Schicksal dieses Vermögen bei der Mutter des Pfleglings hätte, müßte in Ermangelung der Kenntniß der Verhältnisse ohnehin als ganz ungewiß erscheinen. Aber auch die geltend gemachte Kautionsleistung des amerikanischen Pflegers und die behauptete freiere Anlageweise und Gewinnung höherer Zinsen in Amerika sind nicht zutreffend, um gegen das einheimische Vormundschaftswesen angeführt zu werden, weil dieses auch ohne Kaution des Pflegers die Erhaltung des Vermögens**grundstockes** und die richtige **Verwaltung** des Pflegers durch eine fort-

---

[54] **Sintenis**, Civilrecht, 2. Aufl., Bd 1, S. 183 u. Note 25; vergl. Bd. III, S. 420, Note 38; **Keller**, Pand., §. 491, S. 935; **Göschen**, Vorles., 2. Aufl., Bd. III, Abth. 2, S. 114.

gesetzte spezielle Aufsicht und Rechnungsführung zum mindesten gleich sehr, wo nicht in höherem Grade sichert, als dieß in Amerika der Fall sein kann, weil ferner die Anlageweisen in Württemberg von nicht geringerer Güte als dort sind, die Größe der Zinse aber etwas Wandelbares ist und der Rücksicht auf die Sicherung des Grundstockes nachzustehen hat, auch die etwaige Verwendbarkeit des Vermögens für einen denkbaren Gewerbebetrieb des Pfleglings während seiner Minderjährigkeit eine leere Unterstellung ohne realen Boden ist, welche nicht in Betracht fällt, und weil im Uebrigen die Fürsorge des württ. Staates für das Interesse der Minderjährigen auch in allen sonstigen, dieses Interesse betreffenden Beziehungen eine durch lange Zeit sorgfältig ausgebildete ist, wie sie von anderer Seite wohl schwerlich nachgewiesen werden könnte.

Ueberdieß aber war die Erblasserin, abgesehen von der Frage der Belastung, zu der Anordnung dieser Pflegschaft berechtigt.

Nach einer feststehenden Praxis ist auch in Württemberg die Enterbung in guter Absicht anerkannt [55] und die Beschwerung eines Pflichttheils ist vom Landrecht, Thl. IV, Tit. 14, §. 7, nur nach Maßgabe des gemeinen Rechtes verboten, in diesem aber wird angenommen, daß, wie der Notherbe in guter Absicht ganz enterbt werden kann, ebenso auch eine blose Beschwerung seines Pflichttheils aus guter Absicht statthaft ist, sobald nur der Testirer seine wohlmeinende Absicht, hiedurch für das Wohl des Notherben Fürsorge zu treffen, ersichtlich gemacht hat und von ihm ein solcher Grund seines Handelns angegeben ist, welcher nicht auf blosen eingebildeten Besorgnissen und einseitiger Anschauungsweise beruht, sondern die getroffene Maßregel nach billiger Beurtheilung des Richters vom Standpunkte

---

[55] Kapff, merkw. Civilrechtssprüche, Nro. 51; Bolley, 3. Aufl., S. 17; Reyscher, württ. Privatrecht, §. 670.

des Testirers im Allgemeinen nicht als ungerechtfertigt erscheinen läßt. — cst. 25 C. de inoff. test. (3, 28); l. 16, §. 2, 3 D. de cur. fur. (27, 10); l. 3, §. 3, D. (22, 1); l. 18, D. de lib. et post. (28, 1). — [56] In diesem Sinne ist aber die Verfügung der Erblasserin getroffen, welche in ihrem Testamente erklärt hat, daß sie mit ihrer Anordnung keineswegs eine Belastung des Pflichttheils, vielmehr nur die Sicherung desselben zum Besten des Enkels bezwecke, und welche als den Grund ihrer Handlung die Ungewißheit, ob dieses Vermögen bis zur dereinstigen Volljährigkeit des Enkels in Amerika stets genügend gesichert sein würde, bezeichnete, ein Bedenken, welches bei der in Nordamerika mangelnden Staatsfürsorge im Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit und der Ungewißheit, wie die Gesetze über das Vormundschaftswesen dort gehandhabt werden, sowie bei der Beweglichkeit und Veränderlichkeit der dortigen Verhältnisse überhaupt, mag nun diesen mehr oder weniger Werth beizulegen sein, in der That nicht leicht dürfte widerlegt werden können und welches daher vom Richter nicht blos als ein ernstlich gemeintes, sondern auch als ein nicht zu verwerfendes Motiv der Testirerin zu betrachten ist. Hiemit ist auch der den Bekl. obliegende Beweis der wohlmeinenden Absicht der Erblasserin geführt, ohne daß es hier noch weitere Beweismomente bedürfte und ohne daß der Kläger Gegenbeweis erbracht hätte, indem namentlich die Beschränkung des Enkels auf den blosen Pflichttheil nicht gegen die Erblasserin angeführt werden kann, da diese Beschränkung gegenüber dem Stamme des nach Amerika abgefertigten Sohnes aus naheliegenden anderen Gründen als denen eines Gefühles der Abneigung erklärt werden kann.

---

[56] **Glück**, Komm., Bd. VII, S. 259; Bd. XXXVII, S. 393, 455, 463; **Sintenis**, Civilrecht, Bd. III, S. 609, 610—612; **Windscheid**, Pand., Bd. III, S. 143—144; **Seuffert**, Pand., Bd. III, §. 657; **Arndts**, Pand., §. 603; **Puchta**, Pand., §. 483, 486; vergl. **Bolley**, a. a. O.

Die angeordnete inländische Pflegschaftsverwaltung muß daher als eine in guter Absicht verfügte jedenfalls Geltung haben, selbst, wenn sie für den Kläger beschwerend wäre.

Entscheidung des Obertribunals vom 17. Nov. 1871 in der Berufungssache Höfer c. Schwegler.

28) Mündliches Privattestament nach der vierten Landrechtsform; Fungirung des Ortsvorstands als Aktuar.

Ein Testament war nach der vierten landrechtlichen Form vor dem Ortsvorsteher und fünf Zeugen errichtet worden. Dasselbe wurde als nichtig angefochten, weil der Stadtschultheiß F. in W., da in dieser Gemeinde unbestrittenermaßen ein besonderer Rathschreiber angestellt sei, als Aktuar bei der Testamentserrichtung zu fungiren nicht befugt gewesen sei. Diese Anfechtung wurde als gegründet erkannt und es besagen dießfalls die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe:

Nach Landrecht, Thl. III, Tit. 3, §. 10, muß die Errichtung eines Testamentes nach der vierten Form vor einem „offenen Notar" oder vor dem geschworenen Schreiber und fünf Zeugen geschehen. Unter solchen geschworenen Schreibern aber sind die Gerichtsschreiber der zur Zeit der Emanation des Landrechtes mit der freiwilligen Gerichtsbarkeit betrauten Stadt- und Dorfgerichte in dieser ihrer Eigenschaft zu verstehen. Wie vor diesen Gerichten unter Zuziehung ihrer geschworenen Schreiber, der an einer anderen Stelle des Landrechtstitels ausdrücklich genannten Stadt- und Amtsschreiber oder ihrer Substituten und der Dorfschreiber, gerichtliche Testamente errichtet werden konnten, so sollten vor eben diesen geschworenen Schreibern (daß in §. 3, 6—12 des Titels überall von denselben geschworenen Schreibern die Rede ist, wird auch durch die Landrechtsakten, S. 332 ff. bestätigt) Privattestamente unter Zuziehung von Zeugen er-

richtet werden können. In Folge der neueren Gesetzgebung ist die freiwillige Gerichtsbarkeit und speziell die Mitwirkung zur Testamentserrichtung auf die Gemeinderäthe, beziehungsweise auf die Oberamtsgerichte übergegangen und geschworene Schreiber im Sinne des Landrechtes mit der speziell diesen in Betreff der Testamentserrichtung zugewiesenen Ermächtigung sind jetzt, wie in der K. Verordnung vom 24. Mai 1826, §. 14, in Betreff gerichtlicher Testamente ausdrücklich gesagt ist, die Aktuare dieser Gerichte, nämlich die Rathsschreiber und die nunmehrigen Justizassessoren. Daß ein erheblicher Theil der Geschäfte der vormaligen Stadt- und Amtschreiber nunmehr auf die Ortsvorsteher übergegangen ist, insbesondere den Letzteren die Befugniß der Beglaubigung von Urkunden zusteht, kann eben darum, weil das Landrecht die Berechtigung, als Aktuar bei der Testamentserrichtung zu fungiren, neben den Notaren den geschworenen Schreibern als Gerichtsschreibern (als den zu jener Zeit bisweilen allein schreibkundigen Gerichtsangehörigen) zuwies, zu der Annahme, daß nunmehr diese Berechtigung auch den Ortsvorstehern zukomme, nicht führen. Insbesondere kann, da es sich hier um eine besondere Ermächtigung der Rathsschreiber handelt, ununtersucht bleiben, ob im Allgemeinen in der und jener Gemeinde und speziell in W. die Geschäfte des Ortsvorstehers von denen des neben ihm bestellten Rathsschreibers mehr oder minder streng gesondert zu werden pflegen.

Nach Art. 2 des Notariatsgesetzes ist für diejenigen Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit, welche Theilungs- und Vormundschaftssachen betreffen und ihrer Weitläufigkeit oder anderer Umstände wegen nicht füglich vor versammeltem Gemeinderathe verhandelt werden können, namentlich zur Vornahme von Inventuren und Theilungen, zur Aufsicht über die Pflegschaften, zur Mitwirkung bei der Abhör der Vormundschaftsrechnungen das Waisengericht als Ausschuß des Gemeinderathes bestellt. Zu diesen

Theilungs- und Vormundschaftssachen gehört die Errichtung eines gerichtlichen Testamentes keineswegs; solche muß vielmehr (falls nicht vor einer Deputation im Sinne von Landrecht, Thl. III, Tit. 3, §. 7, der Akt vor sich geht) vor dem versammelten Gemeinderathe, dem beschlußfähigen Gesammtkollegium — nach dem zuvor Ausgeführten unter Zuziehung des Gemeinderathsschreibers — geschehen (vergl. K. Verordnung vom 19. Juni 1808, §. 19 und 15), wie denn auch unter der bisherigen Gerichtsverfassung die Testamentserrichtung Exemter vor die Civilsenate, nicht die Pupillensenate, der Obergerichte gehörte (Instruktion für den II. Senat des Oberjustizkollegiums vom 4. Mai 1806. §. 24; Instruktion für das Oberappellationstribunal vom 8. Mai 1806, §. 20). Insbesondere hat Art. 31 des Notariatsgesetzes die Gerichts- und Amtsnotare, die doch die regelmäßigen Aktuare der Waisengerichte sind (Justizministerialerlaß vom 4. Okt. 1844 im II. Ergänzungsband zum Regbl. S. 75), von der Mitwirkung der Aktuare bei Errichtung gerichtlicher Testamente, falls sie nicht als bestellte Rathsschreiber, beziehungsweise als Amtsverweser der Gerichtsaktuare, handeln, ausdrücklich ausgeschlossen.

Steht aber hienach fest, daß vor dem Waisengericht ein gerichtliches Testament nicht errichtet werden kann, so kann auch vor dem Aktuar des Waisengerichtes, und sollte auch als solcher in den ohne Mitwirkung des Notars zu erledigenden Geschäften der Ortsvorsteher fungiren,[54] ein Privattestament nicht errichtet werden. Ganz unerheblich ist daher, in wieweit zu W. in waisengerichtlichen Angelegenheiten von dem Stadtschultheißen F. die Aktuarsgeschäfte besorgt werden.

Ebensowenig kann die Giltigkeit des Testamentes mit der Behauptung aufrecht erhalten werden, daß bei dessen

[54] Vergl. Bofcher, Zeitschrift für freiwillige Gerichtsbarkeit Bd. IX, S. 79. Anm.

Errichtung Stadtschultheiß F. als Stellvertreter des zu dieser Zeit abwesend gewesenen Rathsschreibers mitgewirkt habe. Denn abgesehen davon, daß nicht behauptet werden kann, Stadtschultheiß F. sei vom Gemeinderath als Stellvertreter des Rathsschreibers in Verhinderungsfällen ordnungsmäßig bestellt und verpflichtet, ist in der Testamentsurkunde überall ausdrücklich von der Thätigkeit des Stadtschultheißen, womit nur der Ortsvorsteher als solcher gemeint sein kann, die Rede. Wollte derselbe in der nach dem zuvor Ausgeführten wesentlich verschiedenen Funktion eines Stellvertreters des Rathsschreibers der Testamentsverfassung sich unterziehen, so durfte er dieser Absicht Ausdruck zu geben nicht unterlassen. Auch findet auf die dießfällige Versäumung die Bestimmung des Landrechtes, Thl. III, Tit. 3, §. 15, keine Anwendung. Die Nichtbeobachtung der Form fällt zugleich der Testirerin zur Last, die den Testamentserrichtungsakt vor einem der gesetzlichen Eigenschaft entbehrenden Aktuar vorgenommen hat. Daß sie in dieser Beziehung über die Qualifikation des Ortsvorstehers im Irrthum sich befand, kann dem Testamente die Giltigkeit nicht verschaffen.

Entscheidung des Obertribunals vom 7. Sept. 1871 in der Berufungssache Hausch c. Hämmerle.

29) Oralfideikommiß; dessen Beweis.

Das durch l. 32, Cod. de fideicomm. (6, 42) und §. 12 J. de fideicomm. hered. (2, 23) eingeführte gemeinrechtliche sog. Oralfideikommiß ist durch das Landrecht, Thl. III, Tit. 16, §. 3, nicht ausgeschlossen und auch für Württemberg, und zwar ohne Kalumnieneid, giltig und anerkannt, wie dieß auch von dem Obertribunal in zwei neueren Fällen, Walter c. Doll, am 14. Sept. 1855, und Nold c. Heim am 3. Juli 1871 angenommen worden ist. Der Beweis desselben kann aber, wenn der Onerirte die ihm gemachte Auflage bestreitet, nur durch den Eid des Letzteren, nicht durch Zeugen hergestellt werden. Diese

Ansicht war schon bis zur Glosse die herrschende, erst in der Zeit nach der Glosse wurde sie von Vielen verlassen,[55] von den angesehensten Rechtslehrern der neuesten Zeit aber ist sie mit Recht einstimmig wieder aufgenommen worden und wird jetzt auch in der Praxis der deutschen Gerichte angewendet.[56] Denn wenn die l. 32 Cod. cit. beim Fehlen eines formellen letzten Willens die Frage von der Existenz des vom Erblasser in Anwesenheit des Onerirten verordneten Fideikommisses diesem Letzteren in das Gewissen schiebt, so kann diese Existenz nur von der Anerkennung oder eidlichen Ableugnung des Onerirten abhängig sein und für andere Beweismittel, wie Zeugen, Indizien, kein Raum mehr bleiben,

> „... cum ipse sibi judex et testis inveniatur, cujus religio et fides a fideicommissario electa est. ..... Quam autem is, qui aliquid ex voluntate defuncti lucratur, dicere compellitur veritatem per sacramenti religionem, qualis locus testibus relinquatur, vel quemadmodum ad extraneam fidem decurratur, propria et indubitata fide relicta"

und zwar kann namentlich von Zeugen um so weniger die Rede sein, als das römische Recht in allen Arten von letztwilligen Verfügungen sowohl für gewöhnliche als für privilegirte Fälle, soweit überhaupt dabei Zeugen vorkommen, durchweg die Zahl der nothwendigen Zeugen, auch wo weniger als sonst genügen sollen, und die nothwendigen Eigenschaften derselben genau vorschreibt und doch nicht angenommen werden kann, daß Justinian

---

[55] Vergl. Kapff, Civilrechtsspr., Bd. I, S. 92 ff.

[56] Vangerow, Pand., 6. Aufl., Bd. II, §. 528, S. 533—535; Sintenis, Civilrecht, 2. Aufl., Bd. III, S. 681, Note 14; Keller, Pand., §. 556; Windscheid, Pand., 2. Aufl., Bd. III, S. 283, 284, Note 1; Mayer, von Legaten und Fideikommissen, §. 29, Note 17, 18; vergl. Seuffert, Archiv, Bd. V, Nro. 38; Bd. XIII, Nro. 47; Bd. XVIII, Nro. 96.

dieses von jeher bestehende Kuratelsystem für Erbschaftssachen in der l. 32 cit. nur so beiläufig stillschweigend habe durchbrechen und für Fideikommisse einen ganz gewöhnlichen Zeugenbeweis ohne Rücksicht auf Zahl und Eigenschaften der Zeugen habe zulassen wollen, das bestehende Recht wegen der Zeugen von ihm vielmehr festgehalten werden will, wenn er sagt:

„. . . Quum enim res per testium solennitatem ostenditur, tuni et numerus testium et nimia subtilitas requirenda est. Lex etenim, ne quid falsitatis incurrat per duos forte testes compositum testamentum, majorem numerum testium expostulat, ut per ampliores homines perfectissima veritas relevetur."

Das Oralfideikommiß kann daher durch Aussagen von Zeugen nicht bewiesen werden und ist die Entscheidung über das Oralfideikommiß vielmehr von dem dem leugnenden Erben zugeschobenen Eid abhängig zu machen. Demselben stehen weder bereits vorliegende Zeugenaussagen (in dem gegebenen Falle waren in erster Instanz von kl. Seite benannte Zeugen vernommen worden) noch der Antrag der Beklagten auf Vernehmung von Gegenzeugen entgegen. Denn nach der l. 32 Cod. cit. hätten gar keine Zeugen vernommen werden sollen, bezw. sind die vernommenen unstatthafter Weise gehört worden, und ebensowenig sind noch Gegenzeugen zu hören, weil es keine Gewissensvertretung gegen diesen Eid gibt.

Entscheidung des Obertribunals vom 29. April 1872 in der Berufungssache Fenchel c. Schäffer u. Gen.

30) **Der einseitige Widerruf eines gemeinschaftlichen Testamentes zweier Ehegatten ist an sich ohne Einfluß auf die Verfügung des anderen Ehegatten.**

Ein gemeinschaftliches Testament zweier Ehegatten mit gegenseitiger Erbeseinsetzung ist an sich kein solcher ein-

heitlicher Rechtsakt, welcher, wo nicht als Erbvertrag, so doch vermöge seiner sonstigen Natur in sich untrennbar wäre, indem, abgesehen davon, daß ihm die Erfordernisse eines Erbvertrages nach Form und Inhalt fehlen würden, das Landrecht, Thl. III, Tit. 7, §. 4, ausdrücklich die Möglichkeit und das Recht eines jeden Ehegatten anerkennt, die Einsetzung des anderen Gatten einseitig zu widerrufen.[57] Dieses Widerrufsrecht muß auch dann Platz greifen, wenn auf den Tod des Ueberlebenden der Gesammtnachlaß in zwei Hälften zerlegt und die eine Hälfte den Verwandten des Ehemannes, die andere Hälfte den Verwandten der Ehefrau zugetheilt ist und der einseitige Widerruf des überlebenden Gatten seine Verfügung wegen der Verwandten betrifft. Wie das Obertribunal schon öfter ausgesprochen hat, sind solchenfalls in dem gemeinschaftlichen letzten Willen überhaupt zwei Testamente, je über das eigene Vermögen jedes Ehegatten enthalten, worin jeder Gatte den anderen zum Erben seines Nachlasses beruft und ihm je die von ihm bezeichneten Verwandten, eines Theils für den Fall des Vorabsterbens des anderen Gatten direkte nachsetzt, andern Theils fideikommissarisch in der Art substituirt, daß die Erbschaft diesen Verwandten auf Ableben des eingesetzten Gatten als Universalfideikommiß zu restituiren ist, wobei angenommen wird, daß Jeder zunächst je seine Verwandten berufen habe und nur für diese habe sorgen wollen, und daß er kein Interesse habe, den anderen Gatten hinsichtlich seiner Verwandten in der freien Disposition über sein Vermögen zu beschränken. Diese beiden Testamente behalten ungeachtet ihrer formellen Verbindung ihre Selbstständigkeit und jedes kann von seinem Testirer bis zu seinem Tode widerrufen werden. Auch wird dem Ueberlebenden dadurch, daß er die Erbschaft des erstverstorbenen Gatten antritt, die Widerruflichkeit seines eigenen Testamentes nicht entzogen, in-

---

[57] Württ. Archiv, Bd. XIII, S. 409—412, 418.

dem nicht sein eigener, sondern nur der Nachlaß des Verstorbenen mit Fideikommiß beschwert erscheint.[58]

Hieraus ergibt sich, daß der überlebende Ehegatte rechtlich nicht gehindert ist, das mit dem erstverstorbenen gemeinschaftlich errichtete Testament, soweit es seinen Nachlaß betrifft, zu widerrufen und durch andere Verfügungen zu ersetzen. Dagegen erstreckt sich die Wirkung dieses Widerrufs nicht auch auf die von den erstverstorbenen Ehegatten getroffenen Verfügungen, vielmehr muß, da das gemeinschaftliche Testament zwei letzte Willen enthält, das Testament des ersten verstorbenen Ehegatten durch den Widerruf des Ueberlebenden unberührt bleiben, weil sein Inhalt der Dispositionsbefugniß des letzteren entzogen ist. Die von Letzterem dießfalls getroffenen entgegenstehenden Verfügungen können daher keine Wirkung erlangen, es wäre denn, daß nachgewiesen werden könnte, daß die Verfügungen beider Ehegatten auf eine untrennbare Weise ineinander verflochten seien und daß ohne den ungiltig gewordenen Theil des Testamentes auch der von dem vorverstorbenen Ehegatten herrührende Theil desselben nicht fortbestehen kann oder nach der Absicht des Testirers nicht fortbestehen sollte, insofern derselbe es nicht errichtet haben würde, falls nicht das ganze Testament unverändert bliebe.[59] Eine allgemeine Vermuthung dafür, daß gegenseitige Testamente in diesem Sinne wechselseitig bedingend seien, besteht jedoch gesetzlich nicht und ist auch sonst nicht begründet, denn es gibt keine inneren Gründe aus dem Wesen der Ehe, welche eine solche Vermuthung rechtfertigen könnten, und die große Vielgestaltigkeit des Inhaltes gemeinschaftlicher Testamente müßte jeder dießfallsigen Annahme entgegenstehen;[60] die wechselseitige Bedingtheit

[58] Bolley, 33 Aufl., S. 434; württ. Archiv, Bd. XIII, S. 414, 416, 417—421.

[59] Bolley, 33 Aufl., S 435.

[60] Württ. Archiv, Bd. XIII, S. 413.

müßte daher im Testamente ausdrücklich erklärt oder aus seinem Inhalte sonst unzweifelhaft zu entnehmen sein.[61]

Entscheidung des Obertribunals vom 2. Juni 1871 in der Berufungssache Kärcher c. Hummel.

31) Aufrechthaltung der Legate im Falle der Destitution eines Testamentes.

Der Grundsatz, daß mit der Destitution eines Testamentes auch sämmtliche Legate fallen, erleidet nach dem prätorischen Rechte dann eine Ausnahme, wenn der Testamentserbe die Erbschaft in der Absicht ausschlägt, um die Vermächtnisse wirkungslos zu machen und die ganze Erbschaft frei von denselben, ab intestato entweder an sich oder an einen Andern zu bringen. In diesem Falle wird dem Legatar gegen den Eingesetzten oder selbst gegen jeden Dritten, der in Folge der Handlung des Testamentserben in den Besitz der Erbschaft gelangt ist, eine Klage auf Leistung der Legate gegeben. — l. 1 pr. §. 6, §. 13, l. 4 pr. §. 1, l. 6 pr. §. 1, l. 10 pr., l. 12 pr., l. 15, l. 24, l. 28 §. 1. l. 29, l. 2 §. 1 D. si quis omissa (29, 4). — Nur wenn der Eingesetzte in keiner unredlichen Absicht — aus irgend welchen andern Gründen — den Antritt der Testamentserbschaft abgelehnt hat, bleibt die Regel in Kraft, daß mit dem Testamente die Legate hinwegfallen — l. 17 vergl. mit l. 1 pr. §. 4, l. 22 §. 2, D. si quis omissa (29, 4).[62] — Daß diese Ausnahme im neueren römischen Rechte nicht aufgehoben werden wollte, darauf müßte schon der Umstand hinweisen, daß in die justinianische Gesetzsammlung zwei besondere Digesten- und Codextitel aufgenommen worden sind, — D. si quis omissa (29, 4) und Cod. si omissa sit causa (6, 39) — welche diesen Gegenstand ausschließlich und mit einer in die reichste Kasuistik gehenden Ausführlichkeit noch bis in

---

[61] Württ. Archiv, Bd. XIII, S. 413—414; Bolley, 33 Aufl., S. 433 oben.

[62] Sintenis, Civilrecht, Bd. III, S. 458 u. Note 17.

die Kaiserzeit behandeln,[63] was doch nicht wohl aus bloßen rechtshistorischen Rücksichten erklärlich wäre. Es ist aber auch in der That keine spätere Verordnung des römischen Rechtes vorhanden, welche dieselbe wieder aufgehoben hätte, und namentlich ist dieß durch die Nov. 1 nicht geschehen, welche die gesetzlichen Bestimmungen über Erfüllung letztwilliger Verfügungen und insbesondere über Leistung von Legaten nicht einschränken, sondern im Gegentheil ausdehnen wollte und keine einzige der bereits bestandenen Vorschriften aufgehoben, vielmehr zu denselben noch weitergehende hinzugefügt hat. Deßgleichen kann nicht davon die Rede sein, daß der Satz des prätorischen Rechtes als „erbrechtliche Pönalklage" abgeschafft sei. Es ist daher von den Lehrern des gemeinen Rechtes allgemein anerkannt, daß jene Ausnahme des prätorischen Rechtes in Kraft geblieben ist und noch jetzt in Kraft steht.[64] Diese Ausnahmebestimmung hat zufolge der Rezeption des römischen Rechtes auch Geltung für das württ. Recht. Zwar findet sich dieselbe im Landrecht Thl. III, Tit. 20, §. 11 und Tit. 24, §. Wann aber u. s. w., wo die Regel, daß im Falle der Destitution eines Testamentes die Legate ungiltig werden, aufgeführt ist, nicht erwähnt; es kann jedoch aus dieser Nichterwähnung die Aufhebung dieser Ausnahme nicht gefolgert werden, weil das Landrecht kein vollständiges Gesetzbuch ist, sondern nur eine Anknüpfung des einheimischen Rechtes an das römische Recht geben wollte, und weil, wie Wächter[65] in Beziehung auf die Auslegung des Landrechtes hervorhebt, in der Aufnahme und Bestätigung einer Regel des römischen Rechtes noch keines-

---

[63] **Sintenis, a. a. O., S. 457, Note 12.**

[64] **Glück, Komm., Bd. XLIII, §. 1504, S. 447 ff.; Göschen, Civilrecht, Bd. III, §. 1027; Vangerow, Pand., 6 Aufl., Bd. II, §. 539, S. 589–591; Keller, Pand., §. 496, S. 945; Holzschuher, Theorie und Kas., 3. Aufl., Bd. II, S. 1072, S. 839 bis 840 Note; Sintenis, Civilrecht, 2. Aufl., Bd. III, S. 457–458, Windscheid, Pand., 2. Aufl., Bd. III, S. 317—318 und Note 7.**

[65] **Württ. Privatrecht, Bd. II, S. 166, Note 12.**

wegs eine Aufhebung der nicht miterwähnten Ausnahmen des römischen Rechtes von dieser Regel gefunden werden darf. Auch kann die im Landrecht Thl. III, Tit. 24. §. Wann aber ꝛc. „zu Gunsten der legata ad pias causas gemachte Ausnahme keinesfalls in einem exklusiven Sinne verstanden werden, weil dieselbe, wie Griesinger[66] und Römer[67] bestätigen, eine Abänderung des römischen Rechtes war und daher ihre Erwähnung schon hierin, d. h. als einer neuen hinzukommenden Ausnahme, ihre selbstständige Erklärung erhält.

Nun will zwar in den Worten des Landrechtes Thl. III, Tit. 20, §. 11: ein von den eingesetzten Erben nicht angetretenes „Testament mag nicht Kraft haben weder der Erbsatzung noch der Legaten halben, es wäre denn darinnen sondere Fürsehung geschehen wie es in diesem Fall gehalten werden solle", eine von dem prätorischen Rechte abweichende, mit diesem im Widerspruch stehende, Bestimmung des Inhalts gefunden werden, daß die ausnahmsweise Aufrechterhaltung der Legate nicht mehr von selbst, sondern nur noch im Falle einer dießfallsigen ausdrücklichen Anordnung des Testirers möglich sein, also der Ausnahmefall des prätorischen Rechtes aufgehoben und durch das Erforderniß besonderer Anordnung des Testirers ersetzt sein soll. Allein diese Auffassung obiger Landrechtsstelle beruht auf einem unrichtigen Verständniß dieser Gesetzesstelle, welche nur die römische Rechtsregel ausdrücken will, daß Testament und Legat zusammenfällt, wenn der Testamentserbe ohne dolose Absicht die Erbschaft nicht antritt oder nicht antreten kann, und eine besondere Anordnung des Testirers verlangt, wenn dessen ungeachtet das ungiltig gewordene Testament noch eine Bedeutung behalten soll, wogegen diese Stelle auf den abweichenden Fall einer dolosen Testamentsausschlagung und die hiefür bestehende, besondere Ausnahmebestimmung des

[66] Kommentar, Bd. VI, S. 574—575.

[67] Erbrecht, §. 260.

prätorischen Rechtes lediglich keinen Bezug hat und diese Bestimmung daher auch nicht aufheben wollte.

Es kann daher aus dem Texte des Landrechtes eine Beseitigung dieser prätorischen Vorschrift nicht nachgewiesen werden. Aber auch aus inneren Gründen ist nicht anzunehmen, daß das Landrecht die Ausnahme des römischen Rechtes habe aufheben wollen. Denn diese normirt die Repression des Dolus in Erbschaftssachen, welcher, wie er im Privatrechte überhaupt nicht nachgesehen wird, so auch im Erbrechte nicht nachgesehen werden darf, und das Landrecht, welches dieses wichtige Prinzip in zahlreichen Stellen seinerseits ebenfalls anerkannt und durchgeführt hat, wie z. B. Thl. II, Tit. 3, §. 1, 4, 12, 14; Tit. 7, §. 7; Tit. 9, §. Da auch 2c., §. wann man 2c.; Tit. 15, §. So aber 2c.; Tit. 16, §. wann jemand 2c.; Thl. III, Tit. 9, §. 14, 15; Thl. IV, Tit. 3, §. 4, 5, konnte unmöglich wollen, daß dasselbe in diesem bedeutungsvollen Falle außer Acht gelassen werde.

Zudem wird diese Auffassung des Landrechtes dadurch wesentlich unterstützt, daß die Eisengrein'sche Relation in dem Entwurfe des Titels „von Antretung und Repudiation oder Nichtannehmung der Erbschaft" die gedachte Ausnahme des römischen Rechtes in ihrem Hauptinhalte aufgenommen hat, ohne daß bei der nachherigen kommissarischen Berathung dieses Entwurfes eine Erinnerung gegen diese Bestimmung gemacht worden wäre.[68] Zwar ging der betreffende Satz Eisengreins nicht in den Text des Landrechtes über, hieraus folgt aber nicht, daß er verworfen worden ist, indem die Nichtaufnahme sich vollständig daraus erklären läßt, daß man den Text des Landrechtes auf das Nothwendigste beschränken wollte, wie sich denn noch manche andere von Eisengrein vorgeschlagene Rechtssätze nachweisen lassen, welche ebenfalls nicht in den Text des Landrechtes aufgenommen wurden und doch in anerkannter Geltung stehen.

[68] Landrechtsakten, S. 411, 596—597.

Auch ist nicht anzunehmen, daß Eisengrein, wie die Bekl. meint, die prätorische Bestimmung, soweit sie gegen den dritten Besitzer der Erbschaft geht, von der Geltung im württ. Rechte habe ausschließen wollen.

Endlich wird die Bestimmung des prätorischen Rechtes von solchen Schriftstellern, welche das gesammte in Württemberg geltende Privatrecht behandeln, wie Reyscher und Römer,[69] gleichfalls als bestehendes Recht angeführt und nur von solchen, die sich auf das württ. Partikularrecht — mit Ausschluß des römischen Rechtes — beschränken, unerwähnt gelassen.[70]

Entscheidung des Obertribunals vom 29. Novbr. 1871 in der Berufungssache Reinath c. Baumann und Gen.

B. Wechselrecht.

32) Wechselbürgschaft.

a) Nach Art. 81 der deutschen Wechselordnung haftet nur Derjenige wechselmäßig als Bürge, welcher den Wechsel, die Wechselkopie, das Accept oder das Indossament mitunterzeichnet hat.

Wie nun das Wort „mitunterzeichnen" klar besagt und sich aus allgemeinen Grundsätzen, nach welchen eine Bürgschaft ohne Hauptverpflichtung nicht denkbar ist, ergibt, muß die Unterschrift des Wechselbürgen in Beziehung zu einer anderen Wechselerklärung gebracht werden, welch letztere nach dem genannten Artikel die des Ausstellers, des Acceptanten oder des Indossanten sein kann. Diese Beziehung wird nun entweder örtlich dadurch hergestellt, daß die Unterschrift eines Bürgen unter der Unterschrift eines anderen Wechselverpflichteten oder aber neben derselben in einer Weise angebracht ist, daß an ihrer Zugehörigkeit zu der anderen Unterschrift nicht gezweifelt werden kann. Oder

[69] Reyscher, württ. Privatrecht, §. 684; Römer, Erbrecht §. 240, S. 51, §. 260, S. 80.

[70] Vergl. Griesinger, Komm., Bd. VI, S. 480; Weishaar, württ. Privatrecht, §. 840.

es kann jene Beziehung durch einen ausdrücklichen Beisatz bei der Unterschrift des Bürgen kundgegeben werden.

Aus dem Begriff der wechselmäßigen Verbindlichkeit, welche nur dann und insoweit existirt, als solche in der Wechselurkunde ausgedrückt ist, folgt sodann von selbst, daß die Beziehung der Unterschrift des Bürgen zu der anderen Wechselverpflichtung aus dem Wechsel selbst hervorgehen muß und durch andere Beweismittel nicht dargethan werden kann.

Entscheidung des Obertribunals vom 17. August 1870 in der Berufungssache Regensteiner c. Brandstätter.

b) Durch die Unterzeichnung der auf einen Wechsel gesetzten Worte: „als Wechselbürge haftet," wird von dem Unterzeichner damit eine Willenserklärung zum Ausdruck gebracht, welche, unter der Voraussetzung ihrer Beziehung auf eine andere Wechselerklärung, unter dem Art. 81 der Wechselordnung zu stellen ist. Mit Unrecht wird bestritten, daß in den Worten: „als Wechselbürge haftet" eine auf Avalgebung gerichtete Absicht zu erkennen und daher lediglich die Uebernahme einer civilrechtlichen Bürgschaft zu unterstellen sei. Denn obschon der Aval des Art. 81 der Wechselordnung seinem Wesen nach keine accessorische Verbindlichkeit und somit an und für sich als Bürgschaftsübernahme nicht aufzufassen ist, [71] so ist doch umgekehrt die ohne weiteren Zusatz auf die Wechselurkunde gesetzte Bezeichnung des Unterzeichners als „Wechselbürgen," wie aus Art. 81 selbst hervorgeht, der adäquate und im Vergleich mit den Worten „als Bürge" noch mehr prägnante Ausdruck in deutscher Sprache für Avalgebung. [72] Ob bei solcher Unterzeichnung als Wechselbürge der Unterzeichner mit mehr oder weniger Erkenntniß der rechtlichen Natur des Avals zu Werke ging, ist unerheblich und kann an der rechtlichen Auffassung Nichts ändern und wenn

[71] **Volkmar und Löwy, deutsche Wechselordnung, S. 283.**

[72] **Seuffert, Archiv, Bd. XXIII, Nro. 258; vergl. mit Bd. XVI Nro. 242; Bd. XVIII, Nro. 170; Bd. XIX, Nro. 183.**

auch die Unterzeichnung des Wechsels in Folge des Ansinnens der Uebernahme einer Bürgschaft erfolgte, so liegt in der Zustimmung zu diesem Ansinnen durch Unterzeichnung des Wechsels nicht das Eingehen einer civilrechtlichen Bürgschaft, sondern es ist mit der Unterschrift unter den Worten: „als Wechselbürge haftet" der Bürgschaftsübernahmeakt als Wechselbürgschaft vollzogen worden.

In der Wechselbürgschaft ist eine civilrechtliche Bürgschaft nicht von selbst enthalten. Denn die Verbürgung in Wechselform ist nicht eine blose Verbürgung nach civilrechtlichen Grundsätzen mit blos hinzutretender prozessualischer Wechselstrenge, sondern sie besteht in einem besonderen Komplex von sich gegenüberstehenden Rechten und Verbindlichkeiten und ist daher die Wechselverbindlichkeit ungiltig, so bleibt nicht etwa eine gewöhnliche civilrechtliche Bürgschaft zurück, sondern die ganze Bürgschaft ist unwirksam, weil sie eben nur (vermeintlich giltig) als Wechselverbindlichkeit übernommen worden ist. Eine Ausnahme ist nur dann begründet, wenn entweder die Parteien eine zweifache Verbürgung, eine civilrechtliche und verstärkende wechselrechtliche, verabredet hätten, oder wenn in ihrer Absicht läge, es solle die in Wechselform geleistete Bürgschaft im Fall ihrer Ungiltigkeit als solche doch als gewöhnliche civilrechtliche Bürgschaft aufrecht erhalten werden. [73]

Entscheidung des Obertribunals vom 30. Okt. 1871 in der Berufungssache Regensteiner c. Brandstätter.

33) Wechselverbindlichkeit eines des Lesens und Schreibens Unkundigen.

Von dem Unterzeichner eines Wechsels wurde der Wechselklage entgegengehalten, daß er nicht lesen und mit Ausnahme seines Namens Nichts schreiben könne, somit

---

[73] **Württ. Archiv, Bd. VI, S. 414; Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichtes vom 6. Juni 1871, in der Sammlung herausgegeben von den Räthen des Gerichtshofes, Bd. II, S. 360 ff.**

auch durch seine Unterschrift auf dem Wechsel, dessen Inhalt er nicht gekannt habe, nicht verpflichtet worden sei. Diese Einwendung wurde verworfen und es besagen die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe:

Nach Art. 1 der Wechselordnung ist Jeder wechselfähig, welcher sich durch Verträge verpflichten kann, also auch der Lesens- und Schreibensunkundige, da letzterer nach allgemeinen Grundsätzen in der Fähigkeit, Verträge abzuschließen, nicht beschränkt ist und die Wechselordnung bezüglich einer solchen Person keine Ausnahme statuirt. Im Gegentheil geht aus dem Art. 94 die Wechselfähigkeit von schreibensunkundigen Personen ausdrücklich hervor.

Sodann aber soll die blose Namensunterschrift auf einer Wechselurkunde nach den Bestimmungen der Wechselordnung die wechselmäßige Verpflichtung Desjenigen, der seinen Namen auf den Wechsel gesetzt hat, begründen. Dies ist in dem Art. 12 bezüglich des Indossanten, in dem Art. 21, Abs. 3 bezüglich des Acceptanten und in Art. 81, Abs. 1 bezüglich des Mitunterzeichners einer Wechselerklärung ausgesprochen. Daß der Inhalt der Wechselurkunde Demjenigen, welcher seinen Namen auf den Wechsel geschrieben habe, bekannt sein müsse, ist in den angeführten Gesetzesbestimmungen nicht gesagt. Vielmehr verlangt der oben erwähnte Art. 94 auch bei Schreibensunkundigen nur, daß die Aechtheit der Zeichen, welche sie statt ihres Namens auf den Wechsel gesetzt haben, durch gerichtliche oder notarielle Beglaubigung feststeht, nicht aber, daß auch die Ausstellung ihrer Wechselerklärung selbst beglaubigt sein müsse. Auch läßt sich nicht mit Grund einwenden, daß Derjenige, welcher seinen Namen auf eine Wechselurkunde setzt, im Bewußtsein, daß es sich um eine solche handelt (und dieses Bewußtsein wird gegenüber dem Unterzeichner der Wechselurkunde bis zum Beweis des Gegentheils vermuthet), jedoch ohne deren Inhalt zu kennen, nicht den Willen haben könne, sich wechselmäßig zu verpflichten. Denn derselbe

muß sich der Bedeutung, welche seine Unterschrift nach dem Gesetze hat, bewußt sein und hat daher den erforderlichen Verpflichtungswillen, auch wenn ihm der Inhalt des Wechsels bei der Unterzeichnung nicht bekannt ist.

Endlich würde es dem Begriffe der Wechselverpflichtung als eines formalen durch die Schrift begründeten Vertrages zuwiderlaufen und überdem die Sicherheit des Wechselverkehres in hohem Maße gefährden, wenn Derjenige, welcher durch seine Unterschrift auf dem Wechsel sich äußerlich gegenüber jedem dritten Wechselinhaber verbindlich gemacht hat, dem Letzteren die Einwendung entgegenhalten könnte, daß er außer seinem Namen Nichts schreiben und nicht lesen könne und den Inhalt seiner Wechselerklärung nicht gekannt habe.

Nur dann, wenn der Wechselgläubiger die Schreibens- und Lesensunkunde des Wechselschuldners zur Erschleichung der Wechselerklärung des Letzteren mittelst unwahrer Vorspiegelungen benützt hätte, stünde der Klage jenes Wechselgläubigers die Einrede des Betruges entgegen.

Davon, daß die Einwendung der Lesens- und Schreibensunkunde, sowie der Unkenntniß der Wechselerklärung nicht geeignet ist, die letztere zu entkräften, ging auch die Leipziger Wechselkonferenz aus. Denn die Bestimmung des §. 95 des preußischen Entwurfes einer Wechselordnung, wonach der Unterzeichner einer Wechselerklärung mit dem Einwand, daß letztere ohne seine Genehmigung geschrieben sei, oder daß er die Sprache, in welcher die Erklärung abgefaßt sei, nicht verstehe, oder daß er nur seinen Namen schreiben könne, im Wechselprozeß nicht gehört werden solle, wurde von jener Konferenz mit 17 gegen 1 Stimme gut geheißen. Dabei wurde übrigens hervorgehoben, daß durch den angeführten §. 95 die Einrede der Fälschung nicht ausgeschlossen werden wolle. [74]

Entscheidung des Obertribunals vom 10. Oktober 1871 in der Appellationssache Schrem c. Pfundt.

---

[74] Leipziger Konf., Prot. (=Ausgabe von Thöl), S. 181.

C. Versicherungsrecht.

34) Erlöschung der Lebensversicherung wegen Trunksucht des Versicherten.

Der §. 52 (jetzt §. 49) der Statuten der Lebensversicherungs- und Ersparnißbank in Stuttgart enthält die Bestimmung:

„Die Lebensversicherung erlischt, wenn der Versicherte durch die Wahl seines Berufes oder durch eigene Verschuldung sein Leben oder seine Gesundheit gefährdet. — Todesfälle in Folge von Unglücksfällen und dadurch entstandene Krankheiten jeder Art sind nicht als selbstverschuldet anzusehen, wenn der Unglücksfall nicht durch unverantwortliches Wagniß herbeigeführt worden ist."

Auf Grund dieser Bestimmung wurde die Ausbezahlung der Versicherungssumme den Erben des Versicherten, zu deren Gunsten die Versicherung genommen war, in einem Falle verweigert, in welchem der Versicherte seinen Tod beim Nachhausegehen aus dem Wirthshause durch einen Sturz auf einem abschüssigen Wege und dadurch erlittener Gehirnerschütterung gefunden hatte, indem seiten der Lebensversicherungsbank geltend gemacht wurde, daß der Versicherte sich seit längerer Zeit gewohnheitsmäßig dem Trunke ergeben, daß er ganze Tage im Wirthshaus zugebracht und fortgetrunken und oft 10—12 Schoppen Wein an Einem Tage getrunken habe, und daß auch der Sturz, welcher seinen Tod herbeigeführt, die Folge von Betrunkenheit gewesen sei. Die behauptete Trunksucht des Versicherten wurde von dessen Erben bestritten und Klage auf Ausbezahlung der Versicherungssumme erhoben. Das Obertribunal erachtete die für die behauptete Trunksucht geltend gemachten Thatsachen als erheblich und erließ eine Beweisverfügung, in deren Gründen ausgeführt wurde:

Nach dem §. 52 der Bankstatuten erlischt die Versicherung, wenn der Versicherte durch die Wahl seines Berufes oder durch eigene Verschuldung sein Leben oder seine

Gesundheit gefährdet. Aus dieser Bestimmung ergibt sich, daß der das Leben oder die Gesundheit gefährdende Beruf oder eine Lebensweise solcher Art schon für sich einen Grund der Erlöschung der Versicherung bildet, daß also die Versicherung schon dann erlischt, wenn der Beruf oder die Lebensweise des Versicherten von der Art ist, daß dadurch sein Leben oder seine Gesundheit gefährdet wird, ohne daß es im Falle des Todes des Versicherten darauf ankommt, welche Ursache den Tod herbeigeführt hat. Eine solche nach den Statuten nicht gestattete Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit liegt vor, wenn der Versicherte in wirkliche Trunksucht verfällt, wie dieß in vorliegendem Falle behauptet und genügend thatsächlich begründet ist. Die Thatsache, daß der Versicherte bis zu seinem Tode in dem behaupteten Grade dem Trunk ergeben gewesen sei, ist daher erheblich. Unerheblich ist dagegen, ob der Versicherte an dem Abend seines Sturzes wirklich berauscht und ob der Sturz und der durch den Sturz herbeigeführte Tod zugleich Folge des Rausches gewesen sei. Denn war der Versicherte gewohnheitsmäßig dem Trunke ergeben, so genügt diese Thatsache zu Begründung der Einrede der beklagten Lebensversicherungsbank. Würde aber die Trunksucht des Versicherten nicht erwiesen und hätte sich derselbe an dem Tage seines Sturzes nur ausnahmsweise einen wenn auch gröberen Exzeß im Trinken erlaubt, so wäre die Einrede der Beklagten zu verwerfen. In diesem Falle wäre der im Rausch erfolgte tödtliche Sturz ein Unglücksfall, welcher nach der weiteren vom Tod in Folge von Unglücksfällen handelnden Bestimmung des §. 52 der Bankstatuten nicht als selbstverschuldet anzusehen wäre, weil er nicht durch unverantwortliches Wagniß herbeigeführt worden wäre.

Entscheidung des Obertribunals vom 23. März 1872 in der Berufungssache der Lebensversicherungs- und Ersparnißbank Stuttgart c. Gölz'sche Erben.

35) Brandversicherung; Beweis des Werthes der verbrannten Gegenstände.

a) Nach §. 8 der Statuten der Magdeburger Mobiliar-Feuerversicherungsgesellschaft ist zwar der Versicherte für die Existenz und den Werth der verbrannten Gegenstände beweispflichtig; es darf ihm aber nur eine solche Beweisführung zugemuthet werden, wie sie nach den Umständen des einzelnen Brandfalles von ihm beigebracht werden kann, wovon auch die Statuten in dem erwähnten §. 8 ausgehen, indem daselbst bestimmt ist, die Gesellschaft dürfe von dem Versicherten „Belege und sonstige Beweise, die er liefern könne," verlangen.[75] Erwägt man im gegenwärtigen Falle, daß der Beamte der Hauptagentur der beklagten Versicherungsgesellschaft kurz nach dem Brande genaue Erhebungen an Ort und Stelle vorgenommen, über die verbrannten und geretteten Gegenstände Verzeichnisse angefertigt und mit dem Kläger über die ihm gebührende Entschädigung Vereinbarungen getroffen hat, daß ferner sofort nach dem Brande eine umfassende Kriminaluntersuchung eingeleitet und mehrfache Haussuchungen vorgenommen wurden und daß beklagter Seits weder früher noch jetzt spezielle Umstände gegen die nunmehr eingeklagte Entschädigungssumme erhoben wurden, so liegt genügender Grund vor, den Kläger zum Ergänzungseide zuzulassen.

Entscheidung des Obertribunals vom 9. Jan. 1872 in der Berufungssache der Magdeburger Mobiliar-Feuerversicherungsgesellschaft c. Wolz.

b) Sowohl nach allgemeinen Grundsätzen, als auch im vorliegenden Falle nach den Versicherungsbedingungen liegt dem gegen Feuersgefahr Versicherten der Beweis des von demselben erlittenen Schadens ob. Uebrigens ist bei der namentlich auch in dem gegenwärtigen Falle zutreffenden Schwierigkeit dieses Beweises der freien Beweiswürdigung ein weiter Spielraum gelassen.

Entscheidung des Obertribunals vom 7. Febr. 1872 in der Berufungssache Huber c. Versicherungsgesellschaft Deutscher Phönix in Frankfurt.

[75] Vergl. deutsches Handelsgesetzbuch, Art. 888, 889; Motive

D. Prozeß.

36) Verpflichtung des Armenanwalts zur Uebernahme der ihm übertragenen Armensache.

(Nachtrag zu der Note 3 oben S. 114.)

In dem oben S. 107 ff. mitgetheilten Artikel: „Zur Lehre von Armenrecht" wird die Frage erörtert, ob der für eine arme Prozeßpartei bestellte Armenanwalt zu Vertretung der Partei auch dann verpflichtet sei, wenn deren Sache nach seiner rechtlichen und moralischen Ueberzeugung als unhaltbar erscheine, und es wird sich vom gesetzgeberischen Standpunkte dafür ausgesprochen, daß einem Anwalt nicht zugemuthet werden könne, eine Sache gegen seine Ueberzeugung zu vertreten, und ihm daher die Ablehnung aus zureichenden Gründen gestattet werden müsse, worüber sodann das Prozeßgericht endgiltig zu entscheiden habe. Ob diese Behandlungsweise nach der württ. Civilprozeßordnung statthaft sei, wird in dem Artikel dahin gestellt gelassen, in der Note 3 aber von dem Herrn Mitherausgeber unter Beziehung auf eine Aeußerung der Justizgesetzgebungskommission der Kammer der Abg. zu Art. 167 des Entwurfes der C.P.O. (Art. 168 des Gesetzes) die Ansicht ausgesprochen, daß der vorgedachte legislative Vorschlag in Württemberg bereits bestehendes Recht sei und hienach der Armenanwalt sich die Partei auch aus sachlichen Gründen verbitten könne.[76] Die Civilkammer des Obertribunals ist jedoch in einem Falle, in welchem der bestellte Armenanwalt mit Rücksicht auf die offenbare Grundlosigkeit der erhobenen Berufungs- und Nichtigkeitsbeschwerde die Partei sich verbeten und um Bestellung

---

zum Entwurf eines württ. Handelsgesetzbuches, S. 395, 413; Seuffert, Archiv, Bd. XXIII, Nro. 132; Kübel in der Zeitschrift für Versicherungsrecht von Malß, Bd. I, S. 387 ff.; Bd. II, S. 66 ff.

[76] Nach den Worten „zu erwirken" in der Note 3, S. 114, Zeile 4 von unten ist das Zeichen (Sy.) aus Versehen des Setzers weggeblieben, während das Folgende eine nicht zum Druck bestimmte Notiz war.

eines andern Armenanwalts gebeten hatte, davon ausgegangen, daß aus dem Grunde der Unhaltbarkeit der Sache der armen Partei dem Armenanwalt eine Ablehnung des Auftrags nicht zustehe. Es ist ein allgemeiner in dem Wesen des mündlichen Verfahrens wurzelnder Grundsatz, daß in dem Vorverfahren eine sachliche Prüfung nicht stattfinden darf und es ist dieß in der Prozeßordnung in dem Art. 322, 334 und 697 sowohl für die erste als die zweite Instanz ausgesprochen.[77] Nur konsequent war es daher, daß die Prozeßordnung auch die Zulassung zum Armenrecht von einer sachlichen Vorprüfung nicht abhängig gemacht hat, für welche es zudem vor der mündlichen Verhandlung für den Richter an der dazu erforderlichen Basis fehlt, sofern diese Basis im mündlichen Verfahren erst durch die mündliche Verhandlung gewonnen wird. Es ist weiter aber auch vollkommen richtig, wenn die Motive die behufs der Entscheidung über die Bitte um Zulassung zum Armenrecht von dem Prozeßgerichte vorgenommene, der Natur der Sache nach stets mehr oder weniger unsichere Vorprüfung der Rechtmäßigkeit der Sache des Bittstellers mit der Stellung des Richters nicht wohl vereinbar erklären und darauf hinweisen, daß solche zu einer unerwünschten Kollision führen müsse, wenn die arme Partei, der Abschlagung des Armenrechtes ungeachtet ihre Sache zu verfolgen nicht ablasse. In Uebereinstimmung hiemit hat auch die Justizgesetzgebungskommission der Kammer der Abg. ihre lebhafte Anerkennung ausgesprochen, daß die Regierung die Zulassung zum Armenrechte nur von der Armuth des Bittstellers und nicht auch noch von einer vorgängigen Prüfung seines Rechtsanspruches abhängig gemacht habe.[78] Die Bestellung eines Armenanwalts, wenn die Partei darum bittet, ist aber nach Art. 167 der C.P.O. lediglich eine Konsequenz der Zulassung zum Armenrechte,

---

[77] Württ. Gerichtsblatt, Bd. I, S. 12.

[78] Die neue Justizgesetzgebung, Bd. II, Abth. 3, S. 55, 56; Abth. 2, S. 115, 116.

daher wie diese von einer sachlichen Vorprüfung nicht abhängig. Nun kann allerdings nach Art. 168, Abs. 3 der bestellte Armenanwalt die Partei aus erheblichen Gründen sich verbitten und es scheint, daß die Justizgesetzgebungskommission der Kammer der Abg., welcher diese Bestimmung ihre Entstehung verdankt, der Ansicht war, es könne die Verbittung auch wegen Grundlosigkeit der Sache erfolgen, wenn solche gehörig motivirt werde. Denn da in dem Kommissionsberichte gesagt ist, es genüge die blose Anführung des Armenanwalts, daß er die Sache für grundlos halte, „ohne nähere Begründung dieser Ansicht" nicht, um die Ablehnung zu begründen, [79] so ist die Annahme offen gelassen, daß durch eine gehörige Begründung der Grundlosigkeit der Sache die Ablehnung gerechtfertigt werden könne. Wäre dieß aber auch die Ansicht der Kommission gewesen, was übrigens keineswegs so ausgemacht erscheint, so hat dieselbe jedenfalls in dem Gesetze keinen Ausdruck gefunden. Die sonstigen Bestimmungen der Prozeßordnung, wonach im Vorverfahren eine sachliche Prüfung überhaupt nicht stattfinden und die Zulassung zum Armenrecht wie die Bestellung eines Armenanwalts nur von der Armuth des Bittstellers und nicht auch noch von einer vorgängigen Prüfung seines Rechtsanspruches abhängig sein soll, stehen aber der Annahme, daß die in dem Entwurfe beseitigte und von der Justizgesetzgebungskommission ausdrücklich gebilligte Beseitigung der sachlichen Vorprüfung auf einem Umwege wieder in das Gesetz habe aufgenommen werden wollen, geradezu entgegen. In dem Eingangs angeführten Aufsatze wird zwar auszuführen gesucht, es bleibe das Prinzip, daß der um Ertheilung des Armenrechtes angerufene Richter sich einer sachlichen Prüfung zu enthalten habe, aufrecht erhalten, wenn auch dem Anwalt die Ablehnung aus sachlichen Gründen gestattet und dem Prozeßgerichte die endgiltige Entscheidung über diese Ablehnung zugewiesen werde. Unseres Erach-

[79] Die neue Justizgesetzgebung, Bd. II, Abth. 2, S. 118 unten.

tens würde es jedoch im direkten Widerspruch mit dem angeführten Prinzipe stehen, wenn dem Armenanwalt behufs der Ablehnung des ihm ertheilten Auftrags die Führung des Nachweises der Grundlosigkeit der ihm übertragenen Sache gestattet und dem Prozeßgerichte die Entscheidung hierüber zugewiesen würde. Denn diese Entscheidung könnte nur auf Grund der zuvor prinzipiell verworfenen materiellen Prüfung erfolgen. Ob diese Vorprüfung vor der mündlichen Verhandlung vor oder nach Bestellung des Armenanwalts geschieht, scheint unerheblich. Denn der gesetzgeberische Grund für den Ausschluß der sachlichen Vorprüfnng bei der Zulassung zum Armenrecht, daß solche mit der Stellung des Richters nicht wohl vereinbar sei und zu Kollisionen führen müsse, trifft ganz ebenso zu, ob die Vorprüfung der Bestellung des Armenanwalts vorhergeht oder derselben nachfolgt; auch ermangelt die Prüfung in dem einen wie im anderen Falle gleich sehr der erforderlichen sicheren Basis. Der Abs. 3 des Art. 168 kann daher nur auf solche Gründe bezogen werden, welche in der Person des bestellten Anwalts und *nicht* in der Sache liegen, wie denn auch in dem Berichte der Justizgesetzgebungskommission beispielsweise das Verhältniß der Verwandtschaft oder Klientel der Gegenpartei als Rechtfertigungsgrund für die Ablehnung des bestellten Armenanwalts angeführt ist, so daß, wenn die Ablehnung als gegründet erkannt wird, nunmehr ein anderer Armenanwalt zu bestellen, nicht aber die Bestellung eines solchen überhaupt zu versagen ist. Letzteres wäre aber die Konsequenz, wenn eine Ablehnung aus sachlichen Gründen gestattet würde, da es widersinnig wäre, die Sache, welche dem einen Anwalt wegen der Schlechtigkeit der Sache abgenommen worden, nun einem anderen Anwalt, dem derselbe Ablehnungsgrund zur Seite stände, zu übertragen. Dafür aber, daß das Prozeßgericht berechtigt sein solle, aus sachlichen Gründen die Bestellung eines Armenanwalts der zum Armenrecht zugelassenen Partei nachträglich ganz zu verweigern, läßt sich aus dem Gesetze gewiß nicht entnehmen, vielmehr sprechen seine Bestimmungen wie deren Motive geradezu dagegen.

I.

Abhandlungen, Rechtsfälle und Gutachten.

Der Eigenthumsvorbehalt (pactum reservati dominii) nach gemeinem und württembergischem Rechte.

(Von Herrn Kreisrichter G. Pfizer in Ulm.)

Eine der bestrittensten Materien des gemeinen Rechtes ist das sogenannte pactum reservati dominii. [1] Unbestritten ist nur das Eine, daß das römische Recht dieses pactum nicht kennt, und schon dieser Umstand muß mit einigem Mißtrauen gegen dasselbe erfüllen, welches sich steigert, wenn wir die verschiedenen Resultate neben einander stellen, zu welchen die Schriftsteller über diesen Gegenstand gelangt sind.

Die eine Ansicht geht dahin, das pactum reservati dominii sei (wenigstens beim Kauf, bei welchem es hauptsächlich vorkommt) stets als Resolutivbedingung aufzufassen.

Eine zweite Ansicht will es im Zweifel als Suspensivbedingung angesehen wissen, wenn sie auch zugibt,

---

[1] S. Vangerow, Pandekten, Bd. I, §. 311; Sintenis, Civilrecht, Bd. I, §. 49, N. 21.

daß von den Partheien dem Eigenthumsvorbehalt die Wirkung einer Resolutivbedingung beigelegt werden könne.

Die dritte eklektische Ansicht endlich, von Sintenis vertreten, gelangt zu dem bedenklichen Ergebniß, das p. r. d. sei theils Suspensiv-, theils Resolutivbedingung.

Keine dieser drei Ansichten über das pactum reservati dominii, sofern darunter eine dem römischen Rechte fremde Nebenberedung, Vertrag oder Bedingung verstanden wird, erscheint jedoch haltbar. Dieß soll zunächst mit Beziehung auf den Kaufvertrag ausgeführt werden, die Anwendung auf andere Verträge wird sich alsdann leicht ergeben.

Eigenthum ist der rechtlich geschützte Zustand vollständiger Herrschaft, dominium, über eine Sache. Diese vollständige Herrschaft auf einen Andern zu übertragen, ist stets der Zweck des Kaufvertrages; diese Absicht ist *ein* essentiale des Kaufes. Wenn vom römischen Recht dennoch als Leistung des Verkäufers nicht die Uebertragung von Eigenthum, sondern nur die Uebertragung des Besitzes zum habere licere bezeichnet wird, so hat dieß seinen Grund in dem Satz: nemo plus juris transferre potest, quam ipse habet. Wenn der Verkäufer selbst des rechtlichen Schutzes in der vollständigen Herrschaft über die verkaufte Sache entbehrt, so kann er einen solchen nicht auf den Käufer übertragen, vielmehr kann er denselben nur thatsächlich in den Genuß der unumschränkten Herrschaft einsetzen und hat demselben dafür einzustehen, daß er in dieser Herrschaft von Dritten nicht werde beeinträchtigt werden. Durch die Erfüllung des Kaufvertrages, d. h. durch Uebergabe der Sache an den Käufer als Käufer, überträgt der Verkäufer nothwendig den Eigenthumsbesitz, den juristischen, civilen Besitz der Sache, das Eigenthum selbst nur dann, aber auch stets dann, wenn er selbst Eigenthümer ist, (stets natürlich einen giltigen Kaufvertrag vorausgesetzt).

Dieser Satz steht nun freilich in schroffem Wider-

spruch mit der herrschenden Lehre, welche dahin geht: der Käufer, auch wenn ihm die erkaufte Sache übergeben wird, wird regelmäßig erst dann Eigenthümer, wenn er den Kaufpreis bezahlt hat. Diese Lehre stützt sich namentlich auf folgende Stellen:

§. 41 J. de rerum divisione 2, 1: Venditae res et traditae non aliter emtori acquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato. Quod cavetur quidem lege duodecim tabularum, tamen recte dicitur et jure gentium, id est jure naturali id effici. Sed si is, qui vendidit, fidem emtoris secutus est, dicendum est, statim rem emtoris fieri.

l. 19 D. de contr. emt. 18, 1: Quod vendidi, non aliter fit accipientis, quam si aut pretium nobis solutum sit, aut satis eo nomine factum, vel etiam fidem habuerimus emtori sine ulla satisfactione.

l. 53 eodem: Ut res emtoris fiat, nihil interest, utrum solutum sit pretium an eo nomine fidejussor datus sit. Quod autem de fidejussore diximus, plenius acceptum est, qualibet ratione si venditori de pretio satisfactum est, veluti expromissore aut pignore dato, proinde sit, ac si pretium solutum esset.

Der scheinbare Widerspruch zwischen diesen Gesetzesstellen und dem von uns aufgestellten Satz wird verschwinden, wenn man beachtet einerseits, daß dieser Satz voraussetzt, es sei vom Verkäufer in Erfüllung der ihm obliegenden Leistung dem Käufer als solchem die Sache übergeben worden, andererseits, daß die beiden ersten Stellen ausdrücklich sagen: trotz Nichtbezahlung des Kaufpreises gehe das Eigenthum auf den Käufer über, wenn der Verkäufer fidem emtoris secutus est, fidem habuit emtori.

Was bedeuten diese Ausdrücke? Doch wohl nichts

Anderes als: „wenn der Verkäufer bei der Uebergabe der Sache sich lediglich auf die Redlichkeit des Käufers verlassen hat." An eine ausdrückliche Uebereinkunft, insbesondere an einen Nebenvertrag, durch welchen der Verkäufer dem Käufer für den Kaufschilling Borgfrist ertheilt, darf offenbar nicht gedacht werden; hätte der Jurist einen derartigen Vertrag im Auge gehabt, so würde er sich anders ausgedrückt haben, etwa „si in creditum iit."

Die Uebergabe der verkauften Sache an den Käufer geschieht entweder mit der Absicht, den Eigenthumsbesitz an derselben auf ihn zu übertragen, den Besitz mit dem animus rem sibi habendi, oder ohne diese Absicht, also so, daß der Verkäufer den animus rem sibi habendi nicht aufgibt; ein Drittes ist unmöglich; denn ein Mitbesitz Mehrerer für das Ganze ist juristisch ebenso undenkbar als ein condominium plurium in solidum; durch die Uebergabe der Sache wird der Käufer entweder deren juristischer Besitzer oder nicht; letztern Falls kann die Innehabung, die Detention des Käufers auf Vertrag beruhen (Commodat, Miethe, Depositum), liegt aber ein solcher Vertrag nicht vor, so ist der Besitz ein vollkommen grund- und rechtloser, ein prekärer. So ist denn auch namentlich zu verstehen l. 20 D. de precario, 43, 26: Ea quae distracta sunt, ut precario penes emtorem essent, quoad pretium universum persolveretur, si per emtorem stetit, quominus persolveretur, venditorem posse consequi.

Das Wesentliche des prekären Besitzes ist nicht sowohl die Bitte, in Folge deren er dem Besitzer eingeräumt worden ist, als vielmehr die Abwesenheit eines jeden Vertrags und Rechts, auf welche sich der Besitzer dem Eigenthümer gegenüber berufen könnte, dadurch unterscheiden sich Prekarium und Commodat, deren Aehnlichkeit die römischen Juristen selbst hervorheben; (vgl. l. 1, §. 3, l. 4, §. 4, l. 12 pr. D. de precario).

Das in den oben angeführten l. l. 19 und 53 de contr. emt. aufgestellte Prinzip beruht auf der natürlichen Vermuthung,[2] daß ein Kauf als Baarkauf abgeschlossen sei, daß der Verkäufer seine Sache für gewöhnlich nicht eher aus der Hand geben werde, als er deren Werth oder Sicherheit dafür erhalten habe; dieser natürlichen Vermuthung, dem jus naturale, wie es Justinian nennt, hat das römische Recht Rechnung getragen, indem es die juristische Vermuthung aufstellte, der Verkäufer, welcher die verkaufte Sache vor Empfang des Kaufpreises weggebe, wolle dem Käufer nur einen prekären Besitz einräumen; ganz folgerichtig räumt es sodann dem Verkäufer, wenn der Käufer die Zahlung verzögert („si per emtorem stetit, quominus persolveretur"), zur Wiedererlangung der Sache das interdictum de precario ein. Zwar ist in der l. 20 cit. nicht gesagt, mit welchem Rechtsmittel der Verkäufer die Sache wieder an sich ziehen könne. Allein bei der Stellung des Fragments in dem von den Interdikten handelnden Buch und dem vom Prekarium handelnden Titel kann das Rechtsmittel kein anderes als eben das interdictum de precario sein; mit der actio venditi konnte der Verkäufer die Sache nicht zurückfordern, denn eine vertragsmäßige Verpflichtung des Käufers zur Rückgabe der Sache besteht in solchen Fällen nicht. — Die Vermuthung für den bloß prekären Besitz des Käufers ist eine bloß prozessualische, sie enthebt den Verkäufer des Beweises, daß er die Sache dem Käufer nur in Detention, in Naturalbesitz gegeben habe, sie läßt aber den Beweis des Käufers zu, daß der Verkäufer fidem emtoris secutus sei, daß er fidem emtori habuerit. Bei freier Beweiswürdigung hat daher der Satz, daß das Eigenthum der erkauften und übergebenen Sache erst mit der Zahlung des Kaufpreises auf den Käufer übergehe, eine verhältnißmäßig untergeordnete Bedeutung, zumal wenn es sich um beweg-

[2] Vergl. Thöl, Handelsrecht, §. 69.

liche Sachen handelt, wo die Frage für den Richter sich regelmäßig so stellen wird: Hat nach den Umständen des Falls der Verkäufer sofortige Zahlung erwartet? [3]

Ehe wir uns wieder zu dem hauptsächlich bei sonst unbedingt geschlossenen Verträgen vorkommenden pactum reservati dominii wenden, ist es nothwendig, kurz auf die Grundsätze des römischen Rechts über Besitz- und Eigenthumsübergang bei bedingten Kaufgeschäften einzugehen; als Beispiele solcher mögen die von den römischen Juristen am ausführlichsten behandelten Nebenberedungen der addictio in diem und der lex commissoria dienen.

Bei der addictio in diem unterliegt es keinem Zweifel, daß sie einem Kauf sowohl als Suspensiv- als auch als Resolutivbedingung beigefügt werden kann, wie denn auch die Bestimmung: „wenn nicht innerhalb einer bestimmten Zeit ein Dritter ein höheres Angebot macht," nichts dem Wesen einer Bedingung Widersprechendes enthält. Gewöhnlich wird gelehrt, im Zweifel sei die addictio in diem als Resolutivbedingung anzusehen, in den Quellen findet aber dieser Satz kaum eine Unterstützung. In l. 2, D. h. t. sagt Ulpian einfach, die addictio könne sowohl eine pura emtio, quae sub conditione resolvitur, als auch eine emtio conditionalis sein, und bemerkt dazu: et mihi videtur, verius interesse, quid actum sit. Die l. 2, §. 4, D. pro emtore, auf welche man sich zu berufen pflegt, lautet: „Si in diem addictio facta sit, id est, nisi si quis meliorem conditionem attulerit, perfectam esse emtionem, et fructus emtoris effici et usucapionem procedere Julianus putabat; alii et hanc sub conditione esse contractam; ille non contrahi, sed resolvi dicebat; quae sententia vera est." Allein diese Stelle beweist nichts, weil sie zu viel beweisen würde. Mit den Worten: „quae sententia vera est" wird die Ansicht des Julianus gebilligt, daß die addictio stets ein unbedingter

[3] Vergl. Thöl, Handelsrecht a. a. O.

Kauf sei, der unter einer Bedingung aufgelöst werde, und auch nach l. 2, §. 1, l. 4, §. 1 u. 2 D. h. t. scheint wirklich Julianus dieser Ansicht gewesen zu sein. Allein die entgegenstehenden Aussprüche in dem ex professo von der addictio in diem handelnden Titel beweisen, daß diese Ansicht nicht recipirt wurde, vielmehr soll in jedem einzelnen Fall die Absicht der Contrahenten untersucht werden. Ein wesentliches Moment für diese Prüfung wird der Besitzstand abgeben; von Demjenigen, welcher eine bedingt erkaufte Sache übernommen hat, ist eher anzunehmen, daß er auch die Gefahr des Untergangs derselben auf sich nehmen wollte, als von Demjenigen, welcher die Sache in den Händen des Verkäufers läßt, bis es sich entscheidet, wem sie künftig gehören soll. — Auch der Umstand, daß der Verkäufer darüber soll entscheiden dürfen, ob das spätere Gebot ein besseres sei, (l. 9 h. t.) beweist noch nicht, daß die addictio in diem im Zweifel als Resolutivbedingung aufzufassen sei. Denn diese Befugniß des Verkäufers erklärt sich aus der Natur der Bedingung als einer regelmäßig im ausschließlichen Interesse des Verkäufers getroffenen Bestimmung.

Wie die addictio in diem, so soll nach der herrschenden Lehre auch die lex commissoria im Zweifel als Resolutivbedingung angesehen werden. Unserer Ansicht nach ist die lex commissoria stets eine Resolutivbedingung und kann eine Suspensivbedingung gar nicht sein.[4] Allerdings haben einzelne römische Juristen eine wirkliche aufschiebende Bedingung angenommen (vgl. l. 2, §. 3 D. pro emtore: Sabinus, si sic emta sit, ut, nisi pecunia intra diem certum soluta esset, inemta res fieret, non usucapturum, nisi persoluta pecunia; sed videamus, utrum conditio sit hoc, an conventio; si conventio est, magis resolvetur, quam implebitur.

---

[4] Hiegegen Seuffert, Pand., IV. Aufl., II. §. 393, S. 353 und Glück, Komment., XIII, S. 274.

Allein die Ansicht des Sabinus wird hier verworfen (sed videamus), und l. 1, D. de lege commissoria, welche sagt: „Si fundus commissoria lege venierit, magis est, ut sub conditione resolvi emtio, quam sub conditione contrahi videatur, — ist nicht von einer Präsumtion für die Resolutivbedingung zu verstehen, sondern die Worte „magis est“ sind zu übersetzen: „es ist nicht sowohl eine Bedingung, als vielmehr eine conventio anzunehmen.“ — Bei einem wirklich bedingten Kauf, einer emtio conditionalis wird die Perfektion des Geschäfts vom ungewissen künftigen Eintritt eines bestimmten Ereignisses abhängig gemacht; tritt das Ereigniß ein, so ist in diesem Augenblick der Kauf perfekt, tritt es nicht ein, so gilt derselbe als gar nie abgeschlossen. Da sodann eine Bedingung stets zu den außerwesentlichen Bestandtheilen eines Vertrags gehört, so versteht es sich von selbst, daß die Perfektion des Vertrags nicht vom Eintritt eines wesentlichen Bestandtheils desselben abhängig gemacht werden kann. Ein Kauf, welchem die lex commissoria als (Suspensiv)-Bedingung beigefügt werden wollte, würde z. B. lauten: „Ich verkaufe Dir mein Pferd für 100 fl., wenn Du mir (diese) 100 fl. innerhalb 6 Wochen bezahlst.“ Damit wäre die Zahlung des Kaufpreises, ein essentiale des Geschäfts, zur Bedingung seiner Perfektion gemacht; und wie, wenn der Kaufpreis bis zu dem bestimmten Tag nicht bezahlt wird? Dann ist die Bedingung deficirt, der Kauf gilt als nicht geschlossen, ich muß folglich mein Pferd behalten oder zurücknehmen, mit andern Worten: wenn die lex commissoria als Suspensivbedingung einem Kauf beigefügt werden wollte, so wäre die Perfektion des Geschäfts lediglich vom Willen des Käufers abhängig gemacht, die lex commissoria in diesem Sinn stünde vollkommen der Bedingung „si volet debitor“ gleich, eine unter dieser Bedingung eingegangene Verbindlichkeit ist aber nichtig: l. 8, D. de obligationibus; l. 17, l. 108, §. 1 de verbor. obligat. Aus eben diesem

Grund ist auch der Kauf auf Probe, wenn die Perfektion des Geschäfts von der Probe abhängig gemacht wird, in Wahrheit kein Kauf, und wenn dem Käufer die Sache übergeben wird, kann der Verkäufer sie nicht mit der Kaufklage, sondern nur mit einer actio praescriptis verbis oder mit dem interdictum de precario zurückfordern; l. 17, §. 4; l. 20 pr. §. 1 D. de praescr. verbis act. [5]

Wird einem Kaufvertrag die lex commissoria beigefügt, so ist die Absicht stets die, dem Verkäufer eine Sicherheit für die Bezahlung zu gewähren, nicht aber, dem Käufer die Wahl zu lassen, ob er bezahlen oder nicht bezahlen, kaufen oder nicht kaufen wolle, die lex commissoria kann also stets nur als Resolutivbedingung aufgefaßt werden.

Wir haben oben bemerkt, daß bei der addictio in diem die verkaufte Sache ebensowohl in den Händen des Verkäufers bleiben, als dem Käufer übergeben werden könne, und daß der Besitzstand im Zweifel für die Annahme einer Resolutiv- oder einer Suspensiv-Bedingung maßgebend sein werde; nur im Zweifel: es ist vollkommen denkbar, daß die Contrahenten ausdrücklich der addictio die Bedeutung einer Suspensiv-Bedingung beilegen und der Verkäufer dennoch die Sache dem Käufer übergibt; allein in diesem Fall geht auf den Käufer nicht der juristische Besitz, die possessio civilis, sondern nur die Detention der Sache über. Der Käufer kann die Sache weder usucapiren, noch wird er Eigenthümer der Früchte. Vergl. l. 4, D. de in diem addict. [6] Daß hier der Käufer als Inhaber der Sache gedacht sei, bedarf wohl keines Beweises, denn daß, wenn bei einem bedingten Kauf der Verkäufer die Sache in Händen behält, der Käufer Usucapionsbesitz erlange oder Eigen-

---

[5] Thöl, Handelsrecht, §. 71.

[6] Ubi autem conditionalis venditio est, negat Pomponius usucapere eum (sc. emtorem) posse, nec fructus ad eum pertinere.

thümer der separirten Früchte werde, dieß zu behaupten konnte keinem römischen Juristen einfallen. Die Bestimmung, daß bei bedingtem Kauf der Käufer nicht Eigenthümer der Früchte werde, ist der schlagendste Beweis dafür, daß er keinen juristischen civilen Besitz der Sache erlangt; der gutgläubige Besitzer wird nach richtiger Ansicht durch die Separation Eigenthümer der Früchte; von einer mala fides des Käufers, welcher einen bedingten Kauf geschlossen und dem die Sache einstweilen ausgefolgt worden ist, kann selbstverständlich nicht die Rede sein. Der Grund, aus welchem er das Eigenthum der Früchte nicht erlangt, muß also in der Art seines Besitzes liegen, er wird nicht Eigenthümer, weil er die Sache nicht mit dem animus rem sibi habendi inne hat. Wenn eine Sache lege commissoria verkauft, wenn bedungen worden ist, daß bei nicht rechtzeitig erfolgter Zahlung der Kauf als nicht geschlossen betrachtet werden solle, so ist es an sich *auch* denkbar, daß der Verkäufer bis zum Ablauf der Frist im juristischen Besitz der Sache bleibt. Die sämmtlichen Fragmente des Pandektentitels de lege commissoria setzen aber voraus, daß die verkaufte Sache dem Käufer übergeben sei. Denn überall ist davon die Rede, daß derselbe die Früchte der Sache genieße, und ist ausgesprochen, daß der Verkäufer sofort nach fruchtlosem Ablauf der Zahlungszeit den Kaufpreis einklagen könne, während, wenn der Verkäufer als Besitzer gedacht würde, bei der präzisen Ausdrucksweise der römischen Juristen der Hinweis darauf schwerlich unterlassen wäre, daß der Verkäufer, ehe er den Kaufpreis einklage, dem Käufer die Sache anbieten müsse. Insbesondere ist, da die lex commissoria nur im Interesse des Verkäufers dem Vertrag beigefügt wird, die Bestimmung der l. 4, §. 2 de lege comm.: „statim atque commissa lex est, statuere venditorem debere, utrum commissoriam vedit exercere an potius pretium petere, nec posse, si commissoriam elegerit, postea variare" nur unter der Voraussetzung erklärlich, daß der Käufer

im Besitz der Sache ist. Es soll durch diese Bestimmung einem chikanösen Verfahren des Verkäufers vorgebeugt werden. Zu diesem Zweck wird eine ausdrückliche Erklärung desselben verlangt, ob er die Sache oder den Kaufpreis wolle, und wenn er diese Erklärung verzögert, so gilt dieß als ein Verzicht auf die lex commissoria, er darf dann nur noch den Kaufpreis fordern. Wird dagegen der Verkäufer als Besitzer gedacht, so wäre umgekehrt eine Chikane desselben vielmehr darin zu finden, wenn er, nachdem der Käufer durch Versäumung der Zahlungsfrist zu erkennen gegeben hat, daß ihm an der Sache nichts liege, nach Jahr und Tag noch hergehen, dem Käufer die Sache anbieten und den Kaufpreis fordern dürfte. — Der Besitz dessen, der sub lege commissoria gekauft hat, ist ein wirklicher Eigenthumsbesitz, er kann die Sache usucapiren, er wird Eigenthümer der Früchte, (l. 2, §. 4 proemtore) er kann, wenn ihm die Sache abhanden kommt, gegen Dritte die rei vindicatio, bezw. die actio Publiciana anstellen. Es ist dieß eine Konsequenz der oben erörterten für den unbedingten Kauf geltenden Sätze: die Vermuthung, daß der Verkäufer das Eigenthum, bezw. den Eigenthumsbesitz an der Sache vor Empfang des Kaufpreises nicht aufgeben wolle, fällt weg, weil demselben durch die lex commissoria für den Kaufpreis Sicherheit gewährt ist.

Fassen wir die Bestimmungen des römischen Rechts kurz zusammen: beim unbedingten Kauf ist der Besitz des Käufers vor erfolgter Zahlung des Kaufpreises im Zweifel ein prekärer, Eigenthumsbesitz ist er nur, wenn aus den Umständen geschlossen werden muß, daß der Verkäufer denselben aufgeben und auf den Käufer übertragen wollte; beim Kauf unter suspensiver Bedingung ist vor deren Eintritt der Besitz des Käufers stets ein prekärer, durch den Eintritt der Bedingung wird er, da jetzt erst die causa possessionis existent wird, zum Eigenthumsbesitz; beim Kauf mit resolutiver Bedingung erlangt der Käufer

Eigenthumsbesitz, welcher beim Eintritt der Bedingung, da die justa causa wegfällt, zu prekärem Besitz wird. Dabei ist die oben gemachte Bemerkung zu wiederholen: der Eigenthumsbesitz des Käufers fällt mit dem Eigenthum selbst zusammen, wofern der Verkäufer Eigenthümer war.

Sehen wir nun, wie sich zu diesen Grundsätzen des römischen Rechts das von der neueren Wissenschaft und Praxis konstruirte pactum reservati dominii verhält. Daß das pactum eine Art von Bedingung sei (wenn auch, wie Sintenis sagt, „ein Anomalon von Bedingung,") ist ziemlich allgemein anerkannt, jedoch bezeichnet es Vangerow als eine „früherhin nicht ungewöhnliche, auch noch im Ganzen von Schweppe vertheidigte Meinung," daß durch dasselbe nur eine spezielle Hypothek begründet werde. Vangerow selbst verwirft aber diese Meinung, da sie „mit den Worten in grellem Widerspruch" stehe. Ein solcher Widerspruch mit den Worten ist bei dieser Ansicht allerdings vorhanden, und wenn es nur auf Worte ankäme und nicht auf den juristischen Sinn der Rechtsgeschäfte, so müßte man unbedingt auch der weitern Behauptung Vangerow's beistimmen, daß das pactum im Zweifel als Suspensivbedingung anzusehen sei. Denn der Ausdruck „reservati" spricht unzweideutig dafür, daß der Weggebende etwas zurückbehalten, die ganze mögliche Wirkung der Hingabe somit aufhalten, verhindern wolle. — Nun unterliegt es zwar nach gemeinem Recht keinem Anstand, daß der Verkäufer, wenn er dem Käufer die Sache zum habere licere, d. h. in den juristischen Besitz übergibt, durch bloßen Vertrag-Vorbehalt nicht blos Servituten, sondern auch das Pfandrecht an der weggegebenen Sache erwerben kann, ja es ist, damit diese Erwerbung giltig sei, absolut nothwendig, daß der Verkäufer den Eigenthumsbesitz, bezw. das Eigenthumsrecht an der Sache aufgibt. Denn an der eigenen Sache kann er sich weder Servitut noch Pfandrecht bestellen lassen. Wie soll man sich nun aber den Vorbehalt des Eigenthums denken? insbesondere

dann, wenn der Verkäufer selbst nur putativer Eigenthümer, d. h. gutgläubiger Besitzer war? Analog dem Vorbehalt des Pfandrechts kann der Vorbehalt des Eigenthums offenbar nicht gedacht werden. Denn der Verkäufer kann doch nicht das, was er weggibt (und dieß ist bei putativem Eigenthum Alles, was er hat), den Besitz mit dem animus domini zurückbehalten! Es läßt sich also der Eigenthumsvorbehalt nur so denken, daß der Verkäufer den juristischen Besitz der Sache nicht übertragen will, da er die Sache dem Käufer nur einstweilen precario übergibt. Dann bedarf es aber gar keines Vorbehalts. Denn wir haben ja gesehen, daß bei Uebergabe der verkauften Sache vor Bezahlung des Kaufpreises eine gesetzliche Vermuthung für titellosen, prekären Besitz, possessio naturalis des Käufers besteht.

Dem widerspricht allerdings die Aufstellung Vangerow's: „es macht noch immer einen sehr wesentlichen Unterschied, ob man ohne Kredit und ohne reservatio dominii, oder ob man mit beiden Nebenverträgen kontrahirte;" und dieser Unterschied wird damit begründet, daß „der wesentliche Inhalt des Kreditvertrags nur darin bestehe, daß der Verkäufer verspricht, er wolle den Kaufpreis, den er streng-rechtlich sogleich fordern könnte, jetzt noch nicht eintreiben;" der Eigenthumserwerb des Käufers sei nur eine stillschweigende Folge hievon, welche eben durch das pactum reservati dominii ausgeschlossen werde. — Gewiß ist der Eigenthumserwerb des Käufers eine stillschweigende Folge des Kreditvertrags, denn er ist die nothwendige Folge desselben: auf Kredit verkaufen ist gleichbedeutend mit fidem emtoris sequi, der Verkäufer geht, anstatt ein Handeln Zug um Zug zu verlangen, mit seiner Leistung voraus, er übergibt seine Sache dem Käufer zu freier Verfügung und beruhigt sich dabei, daß dieser ein ehrlicher Mann sei und den Kaufpreis sicher bezahlen werde. Dieses Vertrauen, dieses fidem habere ist das wesentliche Merkmal des Kreditvertrags und nicht die Fest-

stellung eines spätern Zahlungstages; die Festsetzung einer Zahlungsfrist, insbesondere einer langen Zahlungsfrist ist allerdings ein starkes Indicium dafür, daß auf Kredit verkauft sei, allein unbedingt läßt sich daraus kein Kreditkauf folgern, die Stipulirung eines Zahlungstages kann unter Umständen auch blos den Zweck haben, den Käufer, welcher nicht rechtzeitig zahlt, in Verzug zu setzen und zur Verzinsung des Kaufpreises zu nöthigen; so namentlich im kaufmännischen Verkehr, für welchen die Regel des römischen Rechts, daß der Käufer vom Augenblick des Empfangs der Sache an den Kaufpreis verzinsen müsse, in unserer Zeit auf unbedingte Geltung keinen Ansprnch wird machen können. [7]

Bezeichnet Vangerow den Eigenthumserwerb des Käufers als eine nur stillschweigende Folge des Abschlusses eines Kreditvertrags, so folgert er umgekehrt, wenn nicht auf Kredit verkauft, d. h. in seinem Sinn, wenn kein Zahlungstag bestimmt ist, aus dem ausgesprochenen Eigenthumsvorbehalt den „Abschluß eines stillschweigenden Kreditvertrags," da in der Reservirung des Eigenthums sich offenbar die Absicht des Verkäufers ausspreche, nicht auf alsbaldiger Zahlung des Kaufpreises bestehen zu wollen. Es soll hiedurch der Einwand beseitigt werden, daß bei einem Kauf nicht auf Kredit der Eigenthumsvorbehalt etwas ganz Ueberflüssiges sei; allein die Konstruktion eines stillschweigend abgeschlossenen Kreditvertrags erscheint uns denn doch verunglückt, zumal von Vangerow's Standpunkt aus, welcher die Statuirung einer Zahlungsfrist für das Wesentliche des Kreditvertrags erklärt. Wo nicht auf Kredit verkauft und doch das Eigenthum vorbehalten wird,

---

[7] Gegen Vangerow's Begriffsbestimmung des Kreditvertrags ist noch weiter zu erinnern, daß der Verkäufer „streng-rechtlich" den Kaufpreis nicht eher fordern darf, als er seinerseits geleistet, d. h. die verkaufte Sache dem Käufer zum habere licere übergeben hat.

beweist dieser Vorbehalt nur das Mißtrauen des Verkäufers in den Kredit, in die Zahlungsfähigkeit des Käufers, er gibt die Sache hin, obgleich der Käufer ihn augenblicklich nicht bezahlen kann, er hofft zwar später Zahlung zu erhalten und hat wohl gewöhnlich die Absicht, so bald als möglich zu derselben zu gelangen, allein eben weil er die Hoffnung für trügerisch hält, sucht er sich durch den Eigenthumsvorbehalt zu sichern.

Wird gegen die Lehre, daß das pactum res. dom. eine Suspensiv-Bedingung sei, mit Recht eingewendet, daß dasselbe Angesichts der Bestimmung, daß das Eigenthum vor Bezahlung des Kaufpreises nicht übergehe, wenigstens dann überflüssig sei, wenn keine Zahlungsfrist bedungen wurde, so erscheint umgekehrt das pactum als Resolutiv-Bedingung überflüssig da, wo ein Zahlungstag festgesetzt ist. Denn in diesem Fall fällt es vollständig mit der lex commissoria zusammen, welche, wie wir oben gesehen haben, niemals etwas Anderes ist als der Vertrag, wonach bei nicht rechtzeitiger Zahlung des Kaufpreises der Kauf wieder aufgehoben sein soll. — Für den Eigenthumsvorbehalt als besonderen Nebenvertrag wäre also nur Raum, wenn keine Zahlungsfrist festgesetzt ist, und so wird denn auch von Müller [8] das Wesen des „eigentlichen" (S. 265) p. r. s. dahin bestimmt:

„Es ist derjenige Nebenvertrag, durch welchen der Veräußerer die Dauer der Wirksamkeit seiner Uebertragung von dem Eintreten der Gegenleistung in der Art abhängig macht, daß mit dem Eintreten der Insolvenz und der dadurch unmöglich gewordenen Gegenleistung von Seiten des Empfängers die Tradition im Zweifel als nicht geschehen betrachtet werden soll."

Mit den Worten „im Zweifel" will Müller nicht andeuten, daß das pactum reservati dominii auch als Suspensivbedingung vorkommen könne. Diese Annahme

---

[8] Im civil. Archiv, Bd. VI, S. 260.

verwirft er, namentlich aus dem praktischen Grund, daß der Verkäufer, welcher die Sache aus der Hand gebe, schwerlich je gesonnen sein werde, die Gefahr des zufälligen Untergangs zu übernehmen. Vielmehr soll damit gesagt sein (S. 263), daß das pactum auch blos den Sinn haben könne, daß der Verkäufer sich ein blos persönliches Recht auf Rückerwerb ausbedingen wolle (analog dem pactum protimiseos).

Einen Verstoß gegen die Gesetze des juristischen Denkens enthält die Müller'sche Begriffsbestimmung nicht. In abstracto läßt sich recht wohl der Kaufvertrag konstruiren, bei welchem bedungen wird, im Fall der Insolvenz des Käufers solle der Vertrag rückwärts aufgelöst werden, das Eigenthum an den Verkäufer zurückfallen. Auch hat Müller vollkommen Recht, wenn er den Unterschied zwischen pactum reservati dominii und lex commissoria darin findet, daß bei letzterer eine bestimmte Zahlungszeit festgesetzt sei, bei ersterem nicht, und nicht recht verständlich ist der Einwand Vangerow's, der von Müller angegebene Unterschied zwischen beiden lasse sich aus unsern Gesetzen nicht erweisen. Sofern, wie wir Eingangs bemerkt haben, das römische Recht das pactum reservati dominii überhaupt nicht kannte, ist es freilich unmöglich, aus unsern Gesetzen jenen Unterschied nachzuweisen. Denn andere Gesetze als das römische Recht haben wir in dieser Beziehung nicht. Dagegen ist bei sämmtlichen von der lex commissoria handelnden Stellen des römischen Rechts vorausgesetzt, daß ein Erfüllungstag stipulirt sei; man vergleiche namentlich den ganzen Titel der Digesten de lege commissoria.

Allein dem ungeachtet wiederholen wir, was wir am Eingang gesagt haben: das p. r. s. ist ein juristisches Unding, wenn sein Inhalt ein anderer sein soll, als er unter andern Namen im römischen Recht vorkommt, und zwar vom Standpunkt des praktischen Lebens aus. — Vom Standpunkt seiner Theorie aus ist Müller vollkommen

konsequent, wenn er (a. a. O. §. 10) erklärt: im Fall des Eintritts der Resolutiv=Bedingung, d. h. wenn der Käufer insolvent werde, stehe dem Verkäufer gegenüber der Konkursmasse ein unbedingtes Absonderungsrecht zu, die Masse könne der Zurückgabe nicht dadurch sich entziehen, daß sie dem Verkäufer den vollständigen Kaufpreis anbiete. Das pactum res. dom. und die lex commissoria sind ja ihrem Wesen nach vollständig gleichartig, und wie der Käufer selbst commissa lege durch Anbieten des Kaufpreises die Sache sich nicht erhalten kann, ebensowenig wird diese Befugniß der Konkursmasse desselben zustehen.

Auch eine weitere Konsequenz hat Müller (§. 11) ganz richtig gezogen. Die dinglichen Rechte, welche der Käufer der Sache während der Dauer seines Eigenthums auferlegt hat, läßt er nach dem Grundsatz: resoluto jure dantis resolvitur et jus accipientis mit dem Eintritt der Bedingung hinfällig werden, wofern der Verkäufer von dem Rückfallsrecht Gebrauch macht. Allein nicht zu rechtfertigen, wohl aber zu begreifen ist es, warum Müller und andere Verfechter des pactum reservati dominii auf die hier sich von selbst aufdrängende letzte und wichtigste Konsequenz nicht eingehen, nämlich auf die Frage, wie es zu halten sei, wenn der Käufer die Sache weiter veräußert und hernach der Fall des Vorbehalts praktisch wird, die Suspensivbedingung defizirt oder die Resolutivbedingung eintritt. — Die Anwendung der allgemein anerkannten Rechtsregeln würde hier zu dem Ergebniß führen: der Verkäufer darf, wenn der Fall des Vorbehalts, also namentlich die Insolvenz des Käufers eintritt, die Sache dem Dritten, welcher sie vom Käufer erworben hat, abfordern und dieser Dritte kann sich nicht einmal dadurch schützen, daß er dem Verkäufer den Kaufpreis anbietet; der Verkäufer ist in dem Augenblick der konstatirten Insolvenz des Käufers von selbst wieder Eigenthümer der verkauften Sache geworden und es besteht überall keine Verpflichtung für ihn, dieselbe für den zwischen ihm

und dem Käufer früher verabredeten Preis einem Dritten zu überlassen.

Vor dieser Konsequenz scheuen denn freilich die meisten Schriftsteller zurück; entweder erwähnen sie dieselbe nicht wie Müller, oder verläugnen sie dieselbe, wie Sintenis, welcher erklärt, „daß die Zahlung in allen Fällen die Vindikation ausschließt, auch noch im Konkurs des Käufers, und von Seiten Dritter, denn nur jene sollte die ganze Bedingung sichern." Mit dem Wesen einer Bedingung ist dieß freilich nicht vereinbar, und es kann sich Sintenis darauf berufen, daß er, wie oben bemerkt, in dem pactum res. dom. ein „Anomalon von Bedingung" erblickt. Ein Anomalon möchten wir aber vielmehr die ganze Auffassung von Sintenis nennen. An die Spitze stellt er den Satz:

„Die Folge des Eigenthumsübergangs durch die Uebergabe kann an aufschiebende Bedingungen wie an einen Anfangstermin geknüpft werden; eine besondere, durch die Praxis ausgebildete Form ist der Nebenvertrag des Vorbehalts des Eigenthums bei den auf dessen Uebertragung berechneten Vertragsgeschäften bis zu dem beabredeten Ereigniß, welcher jedoch auch so gefaßt werden kann, daß dadurch die Wirkung der Uebergabe nicht ausbleibt, sondern ein Rückfall des Eigenthums bezweckt wird, also eine auflösende Bedingung gestellt ist.... Eine besondere Gestalt nimmt dieser Nebenvertrag beim Kaufskontrakt an." Beim Kauf soll das pactum res. dom. seinen Namen entsprechend zwar im Allgemeinen als Suspensiv-Bedingung gelten; sofern aber dem Käufer bis zum Eintritt des bedingenden Ereignisses das Recht der Vindikation zustehen, auch die Gefahr von ihm getragen werden soll, „ist in diesen Punkten das Verhältniß so, wie wenn die schwebende Bedingung eine resolutive wäre.... Ich glaube (in dem Eigenthumsvorbehalt) theils eine reine, theils eine modifizirte Suspensiv-Bedingung erkennen zu müssen."

Die Modifikation ist aber die, daß die Suspensiv-Bedingung zugleich Resolutiv-Bedingung sein soll, und daß dieß ein Unding ist, bedarf wohl keiner weitern Ausführung; bei der Suspensiv-Bedingung verbleiben juristischer Besitz, Eigenthum und Vindikationsrecht beim Verkäufer, bei der Resolutivbedingung gehen sie auf den Käufer über, ein Vertrag, welcher gleichzeitig suspensiv und resolutiv wirken soll, würde diese Rechte in solidum sowohl dem Käufer als dem Verkäufer einräumen, was unmöglich ist.

Daß gerade ein praktischer Jurist zu solchen Resultaten gelangt, ist übrigens für die ganze Lehre von dem pactum reservati dominii bezeichnend. Dasselbe ist, wie Sintenis sagt, eine Schöpfung der Praxis, und wir werden kaum fehl gehen, wenn wir annehmen, daß die Praxis zu dieser Schöpfung durch den mangelhaften Zustand des gemeinrechtlichen Pfandrechts getrieben wurde. Sicherung der Zahlung ist, wie Sintenis mit Recht bemerkt, Zweck der ganzen Bedingung;[9] da aber diese Sicherung durch Vorbehalt des Pfandrechts faktisch nicht immer erreicht werden konnte, so verfiel man darauf, neben dem Uebergang der Herrschaft über die Sache, des Besitzes mit dem animus rem sibi habendi einen Vorbehalt des Eigenthums zu statuiren; Müller a. a. O. will sogar pactum reservati dominii und pactum reservatae hypothecae neben einander zulassen!

Der Begriff der Hypothek bringt es mit sich, daß der Gläubiger, bezw. um bei unserm Fall zu bleiben, der Verkäufer, welcher sich das Pfandrecht vorbehalten hat, behufs seiner Befriedigung sich an die Sache halten kann, auch wenn sie vom Käufer in andere Hände übergegangen ist; ebenso aber liegt es in der Natur der Sache,

---

[9] Sicherung von Forderungen ist überhaupt der Zweck des Pfandrechts; eine andere Art von dinglicher Sicherung einer Forderung ist prinzipiell unmöglich.

daß der jeweilige Inhaber des verpfändeten Objekts sich in dessen Besitz erhalten kann, wenn er den Pfandgläubiger um seine Forderung befriedigt; darin besteht ja das Wesen des Pfandrechts: der Gläubiger darf sich durch die Sache (resp. deren Veräußerung) bezahlt machen, wenn er für seinen an sich nur persönlichen Anspruch nicht befriedigt wird; wir haben hier die Form einer Bedingung, allein nur die Form, nicht das Wesen, denn diese Bedingung ist eine conditio juris. Ganz anders verhält es sich mit der lex commissoria, welche einem Kaufvertrag beigefügt wird. Diese ist ein zufälliger Nebenvertrag; wenn er weggelassen wird, so haben wir einen vollkommen giltigen Kaufvertrag vor uns; was aber sollte man zu folgendem Vertrag sagen: A. verkauft sein Haus an B., B. räumt aber dem A. das Recht ein, das Haus zu verkaufen und sich aus dem Erlös bezahlt zu machen? oder vollends zu dem Kauf, bei welchem dem A. das Recht eingeräumt wird, das Grundstück behufs seiner Befriedigung an sich zu ziehen? Es wäre dieß die reine contradictio in adjecto. A. überträgt die Herrschaft über die Sache auf B., behält sich aber das wesentlichste Moment der Herrschaft, die Veräußerungsbefugniß, oder gar die Herrschaft selbst bevor.

Diese contradictio in adjecto enthält aber der Eigenthumsvorbehalt, das pactum reservati dominii in der Gestalt in welcher es im Leben auftritt; die Theorie lehrt allerdings, die Verwirklichung des Vorbehalts sei an ein „bedingendes Ereigniß" geknüpft; Müller nennt dieses bedingende Ereigniß schlechtweg die Insolvenz des Käufers, Sintenis scheut sich, dieses bedenkliche Wort auszusprechen, allein wir vermögen uns unter seinem bedingenden Ereigniß kaum etwas anderes als die Zahlungsunfähigkeit des Käufers vorzustellen. Als vollkommen berechtigt müssen wir freilich die Scheu vor dem bedenklichen Wort anerkennen. Denn die Bedingung: „wenn ich gantmäßig werde," ist von einer conditio turpis sehr wenig

verschieden, und eben darum wird bei dem „gemeinrechtlichen" pactum reservati dominii die Bedingung regelmäßig gar nicht ausgesprochen, sondern bloß subintelligirt. Eine solche stillschweigende Bedingung anzunehmen, ist aber um so bedenklicher, wenn man sich die Folgen ihres Eintritts vergegenwärtigt. Man denke nur, daß der Käufer, welchem gegenüber der Verkäufer sich das Eigenthum vorbehalten hat, die Sache weiter veräußert, er übergibt sie seinem Käufer zum habere licere mit Gewährleistung für Eviktion. Der neue Käufer meliorirt die Sache, erbaut z. B. auf einem schlechten Grundstück ein werthvolles Haus; nun tritt der Fall des Eigenthumsvorbehalts ein, d. h. der erste Käufer wird insolvent. Nach der Konsequenz der Theorie vom Eigenthumsvorbehalt wäre der zweite Käufer, dem das Grundstück und das dazu gehörige Haus mit der Eigenthumsklage abgefordert worden, auf das jus tollendi oder ein fast ebenso mageres Retentionsrecht wegen Impensen und auf einen bei der Gantmäßigkeit seines Vormanns regelmäßig erfolglosen Eviktionsanspruch beschränkt. Denn durch Bezahlung der Forderung des ersten Verkäufers kann er sich nach dem oben Ausgeführten den Besitz der Sache nicht erhalten.

Wir werden allerdings mit Sintenis annehmen dürfen, daß die Praxis, auch wo sie das pactum reservati dominii anerkennt, diese Konsequenzen nicht zieht, sondern thatsächlich sich darauf beschränkt, demselben die Wirkung eines vorbehaltenen Pfandrechts beizulegen, welches allen späteren, insbesondere auch den privilegirten Pfandrechten vorgeht, [10] und diese Annahme erscheint um so gerechtfertigter, als Theorie und Praxis die Wirkungen des pactum res. dom. bei beweglichen Dingen in einer für das pactum bedenklichen Weise abschwächen; so z. B. be-

[10] Vergl. Seuffert, Archiv, Bd. X, Nr. 237, Bd. XXI, Nr. 25.

merkt Holzschuher,[11] „die clausula reservati dominii kann jedoch keine rechtliche Wirkung haben, wenn sie mit der Natur des Geschäfts im Widerspruch steht; z. B.: A. verkauft ein Handelsgeschäft mit Waarenvorräthen mit Vorbehalt des Eigenthums, bis der Käufer die vertragsmäßig acceptirten Tratten eingelöst haben würde.“ Dieser Vorbehalt soll ungiltig sein, weil es „Zweck des Waarenlagers“ sei, veräußert zu werden. In gleichem Sinn spricht sich eine Entscheidung des Oberapp.-Gerichts zu Dresden aus:[12] In solchen Fällen sei der Eigenthumsvorbehalt „facto contrarium“ und darum als nicht geschehen zu betrachten, und das O.A.Gericht zu Lübeck[13] will die Annahme eines Eigenthumsvorbehalts ausgeschlossen wissen, wenn der Käufer ein Wechselaccept ausgestellt hat. Solche Entscheidungen beweisen am besten, wie unnöthig die Konstruktion eines dem römischen Recht fremden pactum reservati dominii ist. In dieser Richtung über das römische Recht hinauszugehen ist heutzutage um so überflüssiger, als im größten Theil Deutschlands die Hauptmängel des römischen Pfandrechts, insbes. die privilegirten Pfandrechte beseitigt sind.

Wir haben nun noch kurz auf die andern Verträge einzugehen, bei welchen das pactum reservati dominii soll vorkommen können. Hinsichtlich dieser bemerkt Sintenis a. a. O.: „Während beim Kauf der Zweck (sc. des pactum) sicherster Annahme nach ein besonderer und eigenthümlicher ist, ist er bei der Schenkung offenbar ein ganz verschiedener. Hieraus ziehe ich den Schluß, daß das p. r. d. einer verschiedenen Beurtheilung bei onerosen Geschäften, von denen ich mir jedoch in Verbindung damit außer dem Kauf nur einige Gestaltungen ungenannter Kontrakte, welche

---

[11] Theorie und Casuistik, II, S. 190.

[12] Seuffert, Archiv, Bd. I, Nr. 319.

[13] Seuffert, Bd. XV, Nr. 201.

aber hierin ganz die Natur jenes haben würden, denken kann, und bei lukrativen Geschäften, wie Schenkung, Bestellung zur Mitgift, zu unterwerfen ist. Bei diesen letztern kann ich dem Sinn wie den Worten nach in dem Vorbehalt des Eigenthums bis zu einem gewissen Ereigniß, nur eine reine Suspensiv-Bedingung finden, so daß der Empfänger noch gar kein Recht erwerben soll."

Letztere Bemerkung ist gewiß richtig, aber eben weil sie richtig ist, kann von einem einer Schenkung beigefügten pactum res. dom. überhaupt keine Rede sein. Wird einem Kaufvertrag die Clausel beigefügt: „Das Eigenthum behält sich der Verkäufer vor," so ist dieß ebenso verständlich wie der Beisatz: „Das Pfandrecht wird sich vorbehalten." Im einen wie im andern Fall wird der Leser sofort ergänzen: „bis zur Bezahlung des Kaufpreises." Was aber sollte man von einem Schenkungsvertrag denken, welcher lauten würde: A. schenkt dem B. sein Pferd, behält sich aber das Eigenthum vor? Soll ein sog. Eigenthumsvorbehalt bei der Schenkung irgend einen Sinn haben, so muß ein Zeitpunkt oder ein Ereigniß bezeichnet werden, bis zu welchem der Vorbehalt wirksam sein soll; allein der Vertrag: „ich schenke Dir mein Pferd, ich behalte mir aber das Eigenthum vier Wochen lang vor," heißt offenbar nichts anderes als: „ich verspreche Dir in vier Wochen mein Pferd zu schenken;" und das Versprechen: „ich schenke Dir mein Landgut, behalte mir aber das Eigenthum vor für den Fall, daß mir ein Sohn geboren wird," ist gleichbedeutend mit dem bedingten Versprechen: „ich schenke Dir mein Landgut, wenn mir kein Sohn geboren wird;" der Eigenthumsvorbehalt ist im einen wie im andern Fall total überflüssig; es liegt einfach im ersten Fall eine betagte, im zweiten eine bedingte Schenkung vor, bei welcher sich der Aufschub des Eigenthumsübergangs von selbst versteht.

Was sodann die onerosen Verträge angeht, so kann

man sich allerdings „in Verbindung mit dem p. r. d. nur einige Gestaltungen ungenannter Kontrakte" denken, nämlich Verträge von der Form do ut des oder do ut facias. Nach römischem Recht ist mit solchen Verträgen ein Eigenthumsvorbehalt absolut unverträglich. Der Tausch z. B. wurde erst dadurch klagbar, daß der eine Kontrahent mit der in einem nudum pactum, einem nicht klagbaren Vertrag zugesagten Leistung mit dem dare, mit dem Zu-Eigenthum-Hingeben voranging; mit diesem dare, mit der Weggabe des Eigenthums ist natürlich ein Vorbehalt des Eigenthums unvereinbar, und deßhalb steht, wenn der andere Kontrahent die Erfüllung verweigert, dem ersteren, wenn er von dem Reuerecht Gebrauch machen will, nicht eine vindicatio, sondern nur eine condictio zu. Während durch die Bestimmnng, daß erst durch die Leistung von der einen Seite das nudum pactum klagbar werde, die Innominatkontrakte des römischen Rechts sich sehr den Realkontrakten näherten, sind diese Verträge nach heutigem gemeinen Recht vollkommene Consensualkontrakte. Der Tausch steht in dieser Beziehung, insbesondere was den Uebergang der Gefahr betrifft, dem Kauf gleich, für das Reuerecht, die persönliche Klage, die condictio, ist kein Raum mehr. Soll der Rückfall der zuerst hingegebenen Sache bewirkt werden, so ist heutzutage das einzige Mittel hiezu die lex commissoria, die Bestimmung: der Tausch solle als nicht abgeschlossen betrachtet werden, wenn der eine Kontrahent zu einer bestimmten Zeit mit seiner Gegenleistung im Rückstand sei. Im römischen Rechtsleben kam die lex commissoria beim Tausch wohl nie vor, weil ihr Zweck durch die vom Gesetz eingeräumte condictio erreicht wurde; aber auch in unserm Rechtsleben wird einem Tausch die lex commissoria nicht leicht beigefügt werden zufolge der Natur des Tauschvertrags, welcher mehr oder weniger im Handeln Zug um Zug voraussetzt, schon darum, weil bei verzögerter Gegenleistung das Interesse des ersterfüllenden Kontrahenten nicht so einfach wie beim

Kauf durch Verzinsung derselben sichergestellt werden kann. Dieß gilt natürlich für das pactum reservati dominii, d. h. die lex commissoria ohne Erfüllungstag, welche beim Tausch wie beim Kauf in abstracto möglich ist, in erhöhtem Maße, daneben treffen aber bei dem dem Tausch beigefügten Eigenthumsvorbehalt auch alle die andern beim Kauf berührten Bedenken in gleichem Maße zu. Wir dürfen also auch beim Tausch und allen ähnlichen Innominat-Contracten das pactum res. dom. als eine mißglückte Schöpfung neuerer Theorie und Praxis bezeichnen.

Das Resultat unserer Erörterung haben wir für das gemeine Recht dahin zusammenzufassen: Bei lucrativen Geschäften ist für den Eigenthumsvorbehalt überhaupt keine Stelle; bei onerosen Geschäften erscheint er, als Suspensivbedingung aufgefaßt, als etwas Widersinniges, als Resolutivbedingung kann ihm, wenn er sich nicht mit den Anforderungen des Lebens und Verkehrs in schreienden Widerspruch setzen will, nur die Bedeutung eines den gemeinrechtlichen privilegirten Hypotheken vorgehenden Pfandrechtsvorbehalts zukommen. Soweit an Mobilien, insbes. an Sachgesammtheiten ein Pfandrecht nicht oder nur mit beschränkter Wirkung bestellt werden kann,[14] soweit ist auch ein Eigenthumsvorbehalt an solchen ausgeschlossen.

Sehen wir nun, wie sich zu diesem Ergebniß das württembergische Recht verhält; zunächst sollen die Ansprüche zusammengestellt werden, welche unsere Gesetze darüber enthalten; es sind folgende:

1) Pfandgesetz Art. 45. „In dem hievor erwähnten Fall (Pfandrechtstitel der eingewiesenen Gläubiger) wie in Fällen des freiwilligen Verkaufs begründet der einzig die Sicherstellung der Contractsforderung bezweckende Rechtsvorbehalt auf der veräußerten Sache, mag er als Eigenthums- oder als Unterpfandsvorbehalt bezeichnet sein, nur

[14] Vgl. **Wächter**, Erörterungen Bd. I, §. 5.

einen Pfandrechtstitel, mithin nur in Folge der Eintragung in das Unterpfandsbuch ein wirkliches Unterpfandsrecht.

Dagegen kann durch einen Vorbehalt ein wahres Eigenthumsrecht alsdann erhalten werden, wenn durch denselben nach der unzweifelhaften Absicht der Contrahenten die Uebertragung des Eigenthums aufgeschoben werden soll oder wenn die Auflösung des ganzen Vertrags für den Fall der Nichtbezahlung des Kaufschillings als bedungen erscheint."

Kürzer war die betreffende Bestimmung im Entwurf des Gesetzes gefaßt:

§. 46. „Ein Eigenthumsvorbehalt zu mehrerer Sicherstellung der angeborgten Kaufschillings-Forderung ist in dem §. 45 erwähnten Fall (der angewiesenen Gläubiger), sowie in den Fällen des freiwilligen Verkaufes nicht zulässig."

2) Pfandgesetz Art. 259: „Ein die Sicherstellung einer Forderung einzig bezweckender Eigenthums- oder Pfandrechtsvorbehalt auf beweglichen Sachen, welche dem Käufer übergeben werden, ist unzulässig;" und in Verbindung hiemit

3) Pfand-Entw.-Gesetz Art. 16. „Wird eine bewegliche Sache verkauft, so geht durch deren Uebergabe an den Käufer das Eigenthum auf diesen über, auch wenn die baare Bezahlung des Kaufschillings bedungen worden, und solche nicht erfolgt ist.

Ein Eigenthums- oder Pfandrechtsvorbehalt auf der verkauften und übergebenen beweglichen Sache ist auch in diesem Fall unzulässig (vgl. Pf.-Ges. Art. 259).

Der gemeinrechtliche Grundsatz, daß, wenn nicht der Kaufschilling angeborgt worden, das Eigenthum nur durch dessen Bezahlung auf den Käufer übergehe, ist in Beziehung auf bewegliche Dinge aufgehoben."

Eine dem Art. 259 des Pfandgesetzes entsprechende Bestimmung fehlte in dem Entwurfe; erst der von Bolley

erstattete Kommissionsbericht schlug vor, dem §. 174 des Gesetzes-Entwurfs beizufügen:

„Ein Eigenthums- oder Unterpfandsvorbehalt auf beweglichen Dingen, welche dem Käufer übergeben werden, (namentlich beim Viehhandel) ist unzulässig."

Dieser Antrag stieß aber in der Kammer der Abgeordneten auf Widerspruch. Ein Abgeordneter wandte dagegen ein, daß „solcher nicht mit dem Pfandgesetz im Zusammenhang stehe, und der Gesetzgeber überhaupt keine Veranlassung habe, in Privatverträge so tief einzugreifen, wodurch der einfachste, im gemeinen Leben am häufigsten vorkommende Verkehr auf die nachtheiligste Weise ohne Grund gestört und der arme Mann, der in dieser Art von Verträgen oft das einzige Rettungsmittel finde, in die größte Verlegenheit gesetzt würde."

Der Regierungskommissär und der Präsident der Kammer hielten zwar die Bestimmung für ganz zweckmäßig, aber nicht in das Pfandgesetz geeignet, wogegen Bolley bemerkte:

„Daß sie wirklich in das Gesetz gehöre. Denn so wie das Gesetz den Grundsatz anerkenne, daß auf beweglichen Dingen kein Unterpfand anders als durch die Uebergabe der Sache an den Gläubiger stattfinde, so sei es eine nothwendige Folge, daß solches zugleich auch die Unzulässigkeit eines Eigenthums- oder Unterpfandsvorbehalts (welche beide Vorbehalte nach dem neuen Gesetz der Wirkung nach gleichbedeutend seien) — auf beweglichen Sachen, welche der Verkäufer an den Käufer übergebe, ausspreche.

„Es sei dieß um so nothwendiger, als gerade diese Art von Vorbehalten im gemeinen Leben bisher am häufigsten vorgekommen seien und man ohne gesetzliche Bestimmungen auf die fernere giltige Beibehaltung derselben schließen könnte.

„Um übrigens die Bestimmung noch deutlicher zu machen, schlage er ein Amendement in der Art vor, daß der Satz nun so lauten würde:

„Ein bloß die Sicherheit einer Forderung bezweckender Eigenthums- oder Unterpfandsvorbehalt 2c."

Dieser Antrag wurde angenommen, bei der Schlußredaktion wurde das Wort „bloß" in „einzig" verwandelt, die namentliche Hervorhebung des Viehhandels mit Recht gestrichen, da Niemand ein Stück Vieh für eine unbewegliche Sache halten wird, und so der Art. 259 des Pf.Ges. publicirt.

Der Ausführung Volleys über die Unzulässigkeit eines Pfandrechtsvorbehalts auf einer verkauften und übergebenen beweglichen Sache ist um so mehr beizustimmen, als ein solcher Pfandrechtsvorbehalt mit dem Prinzip des Gesetzes, daß ein Faustpfand nur durch die Uebergabe der Sache an den Gläubiger erworben werde, unvereinbar wäre; der Unterpfandsvorbehalt ist denn auch, wenn die verkaufte Sache tradirt ist, schlechthin wirkungslos, ohne Rücksicht darauf, was die Kontrahenten damit bezweckt haben; übrigens ist gerade bei einem Pfandrechtsvorbehalt auch gar kein anderer Zweck denkbar, als eben die Sicherstellung der Forderung.

So konsequent der ursprüngliche Antrag Volley's war, so unglücklich ist das nachträgliche „Amendement", durch welches „die Bestimmung noch deutlicher gemacht" werden sollte. Wir haben oben nachzuweisen versucht, daß der Eigenthumsvorbehalt, das pactum reservati dominii vernünftiger Weise nur die Bedeutung eines Pfandrechtsvorbehalts, eines pactum reservatae hypothecae haben könne. Soweit daher in der württembergischen Gesetzgebung dem Pfandrechtsvorbehalt die Wirkung abgesprochen wurde, soweit, sollte man meinen, müsse auch ein Eigenthumsvorbehalt wirkungslos sein. Allein die Bestimmung, daß nur der „die Sicherstellung einer Forderung einzig bezweckende Eigenthumsvorbehalt unzulässig sei, mußte sofort zu der Annahme führen, daß ein Eigenthumsvorbehalt zulässig sei, wofern er nur etwas anderes, als „einzig die

Sicherstellung einer Forderung" bezweckt. So sagt auch Mayer [15] „das Gesetz verwirft einen Vorbehalt, sofern dadurch einzig die Sicherheit der Forderung bezweckt wird. Daraus folgt, daß ein Vorbehalt, der in Wahrheit sich auf das Eigenthum bezieht, und dessen Uebergang bis zur Zahlung suspendirt oder für den Fall nicht erfolgter Zahlung resolvirt, unter dem gesetzlichen Verbot nicht begriffen sei. Allerdings wird durch einen Vorbehalt der letzteren Art die Forderung nur noch mehr gesichert. Doch diese Sicherheit ist nur eine mittelbare, keine unmittelbar und einzig bezweckte. Das unmittelbar bezweckte bildet vielmehr das Eigenthum und dessen Uebergang, oder dessen Widerruf."

Aehnlich spricht sich auch Seeger in seinem Commentar aus, welcher anerkennt, daß es in Folge dieser Beschränkung sehr leicht sei, das Gesetz zu umgehen. Der Gesetzgeber konnte nicht wohl auf einen unglücklicheren Gedanken verfallen, als eine bestimmte Wirkung eines Rechtsaktes von dem Zweck abhängig zu machen, welchen die Contrahenten bei dem Geschäft im Auge haben. Dem Richter wird dadurch die Aufgabe des Inquisitors zugewiesen, eine Aufgabe, mit welcher der Civilrichter so viel wie möglich verschont werden sollte; in den meisten Fällen hat es etwas Peinliches, zu entscheiden, ob durch einen bestimmten Akt in fraudem legis gehandelt, eine Umgehung des Gesetzes bezweckt sei, eine schlechte, die natürliche Freiheit des Handelns beschränkende Gesetzgebung stellt den Richter allerdings häufig vor diese mißliche Aufgabe; wir erinnern nur an das Liegenschaftsgesetz von 1853.

Wann ist anzunehmen, daß durch einen Eigenthumsvorbehalt „einzig die Sicherstellung der Forderung" bezweckt werde? Die natürliche Antwort wäre: immer. Denn in Wahrheit kann der Eigenthumsvorbehalt nie einen andern Zweck haben, als die Sicherung der Kauf-

[15] Commentar, Bd. 2, S. 348.

schillingsforderung, ein Satz wie der Mayer'sche: „Das unmittelbar bezweckte bildet das Eigenthum und dessen Uebergang oder dessen Widerruf", ist eine unverständliche Phrase, ausgesprochen, um dem Gesetz den Schein eines Sinns zu geben. „Der Eigenthumsvorbehalt bezweckt das Eigenthum", was soll man sich darunter denken? — Nach Art. 259 des Pf.Ges. mußte es aber allerdings dem Verkäufer freistehen, das Verbot des Eigenthumsvorbehalts wirkungslos zu machen durch die Erklärung: „mein Zweck bei dem Vorbehalt ist nicht einzig die Sicherung meiner Kaufschillingsforderung, sondern ich habe noch einen andern, geheimen Zweck, welchen Niemand zu wissen braucht"; und fragen durfte ihn darnach Niemand; denn die Antwort hätte ihn und den Gesetzgeber in Verlegenheit gebracht.

Ohne Zweifel hatte Bolley bei seinem „Amendement" namentlich die von Mayer hervorgehobenen Fälle im Auge: Suspendirung des Eigenthumsübergangs bis zur Zahlung, oder Resolvirung im Fall nicht rechtzeitiger Zahlung; in diesem Sinn genommen würde das Amendement nur die fortdauernde Giltigkeit des gemeinrechtlichen Grundsatzes, daß beim Kauf das Eigenthum erst durch Zahlung des Kaufpreises übergehe, und die fortdauernde Zulässigkeit der lex commissoria aussprechen, und insofern wäre dasselbe ganz überflüssig gewesen.

Der Art. 259 des Pf.Ges. war eine nothwendige Ergänzung der Bestimmung des zweiten Absatzes des Art. 258 (Art. 182 des Entwurfs), wonach der Faustpfandgläubiger, wenn die Sache ohne sein Zuthun in fremde Hände kommt, gegen denjenigen, der in der Zwischenzeit in gutem Glauben ein dingliches Recht (sei es Eigenthum, Nießbrauch oder Pfandrecht) an derselben erworben hat, sein Pfandrecht nicht geltend machen kann. Hätte man den Pfandrechtsvorbehalt an der verkauften und übergebenen Sache zugelassen, so wären ohne Zweifel aus dem Art. 258 Prozesse in Menge erwachsen, indem der Pfandgläubiger die weiter

veräußerte Sache dem Dritten abgefordert und dieser dagegen sich auf seinen guten Glauben berufen hätte. Solchen Prozessen sollte durch den Art. 259 vorgebeugt, es sollte der gutgläubige Erwerber einer beweglichen Sache ebenso wie der gutgläubige Erwerber einer Immobilie nach Möglichkeit geschützt werden.

Sofern nun aber nach der Ansicht der Gesetzgeber der Verkäufer, welcher in Erfüllung des Vertrages dem Käufer als solchem die Sache übergab, den juristischen Besitz auf ihn übertrug, daneben sich das Eigenthum wirksam vorbehalten konnte, wofern er nur erklärte, daß er damit nicht einzig die Sicherstellung seiner Forderung bezwecke, so wurde natürlich der dem Erwerber einer Mobilie durch den Art. 258 zugedachte Schutz jeden Augenblick vereitelt, und dieß führte zu den oben angeführten Bestimmungen des Art. 16 des Pf.Entw.Gesetzes.

Auch dieser Artikel läßt es aber nach seiner Fassung noch zweifelhaft, ob ein Eigenthumsvorbehalt an Mobilien unbedingt für wirkungslos erklärt werden wollte; nehmen wir zwei Beispiele: A hat eine Parthie Waaren bei B deponirt; B bezeigt Lust dieselben käuflich zu übernehmen, der Kauf wird abgeschlossen, A erklärt aber, er behalte sich das Eigenthum bis zur Bezahlung des Kaufpreises vor. Oder: A verkauft an B ein Pferd, B verspricht für den Kaufpreis einen Bürgen zu stellen, A übergibt das Pferd dem B, erklärt aber: bis der Bürge gestellt sei, behalte er sich das Eigenthum vor. — Nach der oben bekämpften gemeinrechtlichen Theorie würde in beiden Fällen B den juristischen Besitz der erkauften Sache erlangen, und daneben wäre der Eigenthumsvorbehalt des A wirksam. Beide Fälle fallen auch nicht unter den Wortlaut des Art. 16 des Pf.E.G. Denn im ersten Falle findet keine Uebergabe der Sache an den Käufer statt, im zweiten ist nicht baare Bezahlung des Kaufpreises bedungen. — In dem zweiten Fall führt das argumentum a majori ad minus dazu, den Eigenthumsvorbehalt für wirkungslos

zu erklären: ist derselbe unzulässig, wenn dadurch die wirkliche Zahlung gesichert werden soll, so muß er um so unzulässiger sein, wenn der Zweck nur die Leistung einer Sicherheit für die Zahlung ist. — Im zweiten Fall müßte wenigstens nach der Gesetzes-Analogie gleichfalls die Unwirksamkeit des Vorbehalts angenommen werden. Diese Annahme könnte aber leicht zu einer kaum zu billigenden Härte gegen den Verkäufer führen, und wir werden, um hier richtig zu entscheiden, auf das römische Recht zurückgehen müssen, obgleich der Schlußsatz des Art. 16 den gemeinrechtlichen Grundsatz, daß wenn nicht der Kaufschilling angeborgt worden, das Eigenthum nur durch dessen Bezahlung auf den Käufer übergehe, in Beziehung auf bewegliche Dinge für aufgehoben erklärt.

Nehmen wir an, der Depositar B schreibt an den Deponenten A, er sei bereit, die bei ihm lagernde Waare um den und den Preis käuflich zu übernehmen; A antwortete: er sei mit dem Anerbieten einverstanden, die Waare solle an B verkauft sein, übrigens könne er sein Eigenthum nicht eher aufgeben, als bis ein Drittel des Kaufpreises bezahlt sei. — In welchem Augenblick geht hier das Eigenthum von A auf B über? Eine physische Besitzergreifung ist in diesem Fall unmöglich, da B die Sache schon inne hat; der Eigenthumsübergang ist vielmehr von der Frage abhängig, von welchem Zeitpunkte an darf nach der Absicht des Vertrags B den Besitz mit dem animus rem sibi habendi ausüben, die causa possessionis sibi mutare? Der Gedanke des A ist nun offenbar der: dem B soll vom Augenblick der Zahlung des Drittels an die freie Verfügung über die ganze Waare zustehen, bis dahin aber solle das Rechtsverhältniß des Depositum fortdauern; ist B mit diesem Vorschlag einverstanden, so steht es bei ihm, in welchem Augenblick er durch Bezahlung des Angelds sich den juristischen Besitz verschaffen, sich zur mutatio causae possessionis ermächtigen will; ehe er aber das Angeld bezahlt hat, würde er sich

durch Veräußerung der Waare einer Unterschlagung schuldig machen. — Hätte dagegen B. dem A. geschrieben, er habe augenblicklich eine gute Verwendung für die Waare und sei deßhalb bereit, sie zu einem bestimmten Preis zu übernehmen, und hätte A. erwidert: die Waare solle an B. verkauft sein, wenn derselbe zuverlässig innerhalb 4 Wochen Zahlung leiste, so würde hier der Form nach ein suspensiv bedingter Kauf vorliegen. Allein wir haben schon oben bemerkt, daß die Zahlung des Kaufpreises nicht zur Bedingung des Kaufs gemacht werden kann. Aus dem Anerbieten des B. ging unzweideutig hervor, daß er nur kaufen wolle, wenn ihm sofort die freie Verfügung über die Waare, also namentlich die Veräußerungsbefugniß eingeräumt werde; wenn A. dieses Angebot in der Hauptsache annahm, so gab er sein Eigenthum auf, er ermächtigte den B., die Waare anstatt titulo depositarii, sofort titulo emptoris zu besitzen, und dem Beisatz kann nur die Bedeutung zukommen, er habe übrigens zum Käufer das Vertrauen, daß derselbe binnen 4 Wochen Zahlung leisten werde; fidem emtoris secutus est.

Dieser Unterscheidung entsprechend wäre in solchen Fällen auch nach württembergischem Recht zu entscheiden; denn so weit wollten die württ. Gesetzgeber sicherlich nicht gehen, daß sie dem Eigenthümer einer Mobilie verboten hätten, einen Verkauf gegen Baar abzuschließen und daneben einstweilen die Sache dem Käufer zu leihen, an ihn zu vermiethen oder bei ihm zu deponiren. — Danach reduzirt sich allerdings der Unterschied zwischen dem württembergischen und dem richtig verstandenen gemeinen Recht beim Kaufvertrag über Mobilien auf ein Minimum. Nach gemeinem Recht hat im Fall eines unbedingten Kaufs, wenn die Uebergabe vor Bezahlung des Kaufpreises erfolgt ist, der Käufer zu beweisen, daß auf Kredit verkauft worden sei; nach württ. Recht liegt dem Verkäufer der Beweis ob, daß nicht auf Kredit verkauft sei, daß er die Sache dem Käufer nur lehnungs-, mieth- oder bitt-

weise übergeben habe. Dieser Unterschied ist, wie schon oben bemerkt wurde, bei dem System der freien Beweiswürdigung kein bedeutender.

Bei Verkauf und Uebergabe von beweglichen Sachen wird häufig schon die Beschaffenheit des Vertragsobjekts einen Schluß darauf gestatten, ob auf Kredit verkauft sei. Im kaufmännischen Verkehr z. B. wird der Kauf auf Kredit fast ausnahmslose Regel sein; anders bei Immobilien. Ueber die Folgen eines Eigenthumsvorbehalts bei Verkauf und Uebergabe von solchen spricht sich das Pfandgesetz hinreichend bestimmt aus, obwohl wir nicht anstehen, der Fassung des Entwurfs den Vorzug vor derjenigen des Gesetzes zuzuerkennen, sofern letzteres auch von einem „einzig die Sicherstellung der Kontraktsforderung bezweckenden" Eigenthumsvorbehalt spricht und die Bestimmung des zweiten Absatzes des Art. 45, wonach durch den Eigenthumsvorbehalt das Eigenthum erhalten wird, wenn die unzweifelhafte Absicht der Kontrahenten hierauf gerichtet ist, sehr geeignet ist, in der Praxis Zweifel über die Anwendung des ersten Absatzes des Art. 45 hervor zu rufen.[16] Vollends unlogisch ist der Satz: „durch einen Vorbehalt kann ein wahres Eigenthumsrecht erhalten werden, wenn die Auflösung des ganzen Vertrags für den Fall der Nichtbezahlung des Kaufschillings als bedungen erscheint." Nicht die Erhaltung, sondern nur der Rückfall des Eigenthums kann Zweck der lex commissoria sein. Uebrigens wird darüber kein Zweifel bestehen können, daß der angef. Art. 45 nur der lex commissoria im eigentlichen Sinn, d. h. der Bestimmung, daß der Kaufpreis bis zu einem gewissen Termin bezahlt sein müsse, nicht aber auch dem gemeinrechtlichen, für den Fall der Insolvenz abgeschlossenen pactum reservati dominii die Wirkung einer Resolutivbedingung zugestehen wollte. — Auch daran braucht kaum erinnert zu werden,

---

[16] Vergl. auch württ. Archiv, Bd. VI, S. 135 ff.

daß der Verkäufer von Liegenschaft, welcher dem Vertrag die lex commissoria beifügt, erst dann wirklich gesichert ist, wenn er sein bedingtes Recht auf den Rückfall der Sache im Unterpfandsbuch wahrt.[17]

Dagegen ist schließlich noch auf die Frage einzugehen, in wiefern der gemeinrechtliche Satz, daß das Eigenthum einer verkauften und übergebenen Sache auf den Käufer erst mit Bezahlung des Kaufpreises übergehe, nach württ. Recht auf den Verkauf von Liegenschaften Anwendung finde. Im ersten Absatz des Art. 45 des Pf.G. ist dem bloß die Sicherstellung der Kaufschillingsforderung bezweckenden Eigenthumsvorbehalt nur die Wirkung eines Pfandrechtstitels beigelegt, und erst in Folge seiner Eintragung in das Unterpfandsbuch wird für den Verkäufer ein wirkliches Unterpfandsrecht begründet; nach dem zweiten Absatz desselben Artikels kann das Eigenthum selbst erhalten werden, wenn die Absicht der Kontrahenten unzweifelhaft darauf gerichtet ist, daß der Eigenthumsübergang bis zur erfolgten Zahlung des Kaufpreises aufgeschoben werden solle; die Wirksamkeit auch dieses Vorbehalts ist aber an den Eintrag in das Unterpfandsbuch wenigstens unter der Voraussetzung geknüpft, daß der (bedingte) Eigenthumsübergang in das Güterbuch eingetragen wurde. Durch Art. 16 des Pfand-Entw.-Ges. endlich wird der fragliche Grundsatz des römischen Rechts „in Beziehung auf bewegliche Dinge" ausdrücklich aufgehoben.

Diese Beschränkung der Aufhebung „auf bewegliche Dinge" legt die Annahme nahe, daß für Immobilien auch nach der württ. Pfandgesetzgebung der in Frage stehende gemeinrechtliche Satz noch Geltung habe. Dieser Ansicht ist auch Bolley, wenn er in seinem Kommentar zum Pfandgesetz[18] ausführt: „Es kann auf die Giltigkeit des

---

[17] Vergl. Wächter, Erörterungen, H. I, S. 178 und 198, Note 34 und 50; Haupt-Instruktion §§. 186—189.

[18] Bd. I, S. 75, §. 31.

vom Käufer, welcher im Güterbuch als Eigenthümer eingetragen ist, bestellten Unterpfands keinen nachtheiligen Einfluß haben, wenn vom Verkäufer ohne besondern Eigenthumsvorbehalt der Kaufschilling nicht angeborgt wurde, sofern nämlich der Verkäufer seine Rechte in den öffentlichen Büchern nicht gewahrt hat. Ist aber dieß geschehen, so würde diese Verwahrung sowohl in Absicht auf den Verkäufer als den Käufer gleich sein der (suspensiven) Bedingung, daß ungeachtet der Uebergabe der verkauften Sache vor Bezahlung des Kaufpreises das Eigenthum auf den Käufer nicht übertragen sein soll. Doch würde eine ohne Eigenthumsvorbehalt zu Gunsten des Verkäufers geschehene Vormerkung ihre Wirkung gänzlich verlieren, sobald anzunehmen ist, daß der Verkäufer den Kaufschilling angeborgt habe."

Hier tritt die schwache Seite der württ. Pfandgesetzgebung recht deutlich vor Augen. Von Anfang an bestand der löbliche Entschluß, sichere Rechtszustände zu schaffen, namentlich Denjenigen zu schützen, der auf Grund der öffentlichen Bücher Rechte erworben hatte; in der Ausführung aber konnte man sich häufig nicht entschließen, die Folgerungen aus dem an die Spitze gestellten Prinzip zu ziehen. So auch hier; bei dem Schlußsatz des Art. 16 des Pf.E.Ges. sind die gesetzgebenden Faktoren offenbar von der Ansicht ausgegangen, daß für unbewegliche Dinge der gemeinrechtliche Satz hinsichtlich des Eigenthumsübergangs noch gelte; und äußere Anhaltspunkte dafür, daß beim Erlaß des Pfandgesetzes eine andere Ansicht bestanden, haben wir nicht. Wohl aber stände die fortdauernde Giltigkeit des gemeinrechtlichen Satzes in innerem Widerspruch mit dem Art. 45 des Pf.Ges. Wenn in einem Kaufvertrag die alsbaldige Uebergabe der verkauften Liegenschaft an den Käufer festgesetzt, daneben aber bedungen wird: „bis zur vollständigen Bezahlung des Kaufpreises wird sich das Eigenthum an der verkauften Liegenschaft vorbehalten," so soll diese Festsetzung den

Eigenthumsübergang nicht hindern und nur dem Verkäufer einen Pfandrechtstitel, bezw. wenn er denselben in's Unterpfandsbuch eintragen läßt, ein Pfandrecht verschaffen. Unterläßt er aber diese Vorsichtsmaßregel, so ist er nach Volley viel besser daran; so lange er nicht vollständig bezahlt ist, verbleibt ihm sein Eigenthum, und er sichert sich nicht bloß ein Pfandrecht, sondern das Eigenthum, sobald er einseitig von sich aus im Unterpfandsbuch vormerken läßt, er sei noch nicht für den Kaufschilling befriedigt und sei es auch seine Absicht nicht, dem Käufer denselben anzuborgen. Dadurch, daß Volley dem Käufer hinwiederum den Beweis nachlassen will, daß ihm der Kaufschilling doch angeborgt sei, wird natürlich nichts geholfen, sondern höchstens die Rechtsunsicherheit vermehrt.

Von großer praktischer Bedeutung ist die besprochene Frage am Ende nicht. Denn in den Fällen, wo überhaupt eine baare Bezahlung des Kaufschillings in Aussicht genommen ist, wird höchst selten die Beifügung des Eigenthums- oder Pfandrechtsvorbehalts vergessen werden. Wird er aber einmal weggelassen und die Sache an den Käufer zum habere licere, zur freien Verfügung, zum Eigenthums- oder juristischen Besitz übergeben, dann führt — im Widerspruch mit Volley — die juristische Konsequenz zu der Annahme, daß der Verkäufer sein Eigenthumsrecht aufgegeben habe; es war seine Sache, sich nach dem ersten oder dem zweiten Absatz des Art. 45 des Pfandgesetzes sicher zu stellen. Unterläßt er dieß und kommt er dadurch zu Schaden, so hat er sich diesen selbst zuzuschreiben.

Das Ergebniß unserer Ausführung für das württ. Recht ist somit folgendes:

Wird eine verkaufte Sache dem Käufer vor Bezahlung des Kaufpreises übergeben, so kommt es darauf an, ob sie ihm in seiner Eigenschaft als Käufer, oder aber nur lehnungs-, bittweise rc. übergeben wurde; im ersteren Fall wird er Eigenthümer, wenn der Verkäufer Eigenthümer

war, im letzteren Fall bleibt das Eigenthum dem Verkäufer. Der Beweis, daß dem Käufer nur die Detention, nicht der juristische Besitz übergeben sei, liegt dem Verkäufer ob. Läßt aber der Verkäufer, welcher eine Immobilie dem Käufer zu bloßer Detention übergeben wollte, deren Eintrag in die öffentlichen Bücher auf den Namen des Käufers zu, so bleibt er zwar dem Käufer gegenüber Eigenthümer, setzt sich aber der Gefahr aus, daß dieser Verfügungen über die Sache trifft, welche er nicht anfechten kann. Ein Eigenthumsvorbehalt, neben welchem der Käufer den juristischen Besitz der erkauften Sache erhalten soll, hat bei beweglichen Sachen keine, bei unbeweglichen nur die Bedeutung eines Pfandrechtsvorbehalts.

II.

Fragmente.

Mittheilungen aus der Rechtsprechung des K. Geheimenraths in Administrativjustizsachen.

Mit Bemerkungen.

Von Dr. Sarwey.

1) Die Entscheidung über die Entbehrlichkeit eines öffentlichen Weges ist Verwaltungssache und eignet sich nicht zur Beschwerde an den K. Geheimenrath, wenn der Beschwerdeführer keinen Rechtsanspruch auf das Fortbestehen des Weges erhoben hat.

Auf die Klage des Chr. D. von Hüttisheim, OA. Laupheim, gegen den Gebrauch eines über seine Wiesen hinziehenden Fußweges durch die Bewohner der nordwärts

gelegenen 12 Häuser Xaver D. und Gen. stellte der Gemeinderath in H. diesen Fußweg als entbehrlich ab. Bei den hierüber vor dem Oberamt gepflogenen Verhandlungen behaupteten die letzteren, der fragliche Fußweg habe seit Menschengedenken als öffentlicher, insbesondere als Kirchen- und Schulweg neben dem ordentlichen Ortsweg bestanden und sei nicht entbehrlich. Die drei Stege, welche zu ihm führen, habe bisher und von jeher die Gemeinde erhalten. Ein Zeugniß des Pfarrers H. spreche dafür, daß er den Weg als Kirchenweg selbst benützt und andere benützen gesehen habe. Hiegegen erklärte der Gemeinderath, die betreffenden Häuser bestehen noch keine 30 Jahre, erst seit deren Errichtung habe sich der Weg „eingeschlichen." Wenn auch die Gemeinde die Wege unterhalte, so sei dieser Fußweg nirgends als rechtlich bestehend beschrieben, während andere Kirchenwege vermarkt seien. In den Beschwerdeausführungen gegen die das Verlangen des Fortbestehens des Weges abweisenden Entscheidungen des Oberamts und der Kreisregierung bemerkten die Rekurenten, daß sie das Recht des Gemeinderaths an sich, entbehrliche Wege abzuschaffen, nicht bestreiten, dagegen die Unentbehrlichkeit des fraglichen Weges behaupten; nur die Statthaftigkeit der polizeilichen Maßregel der Abschaffung des Weges sei im Streit. Unter Berufung auf den Akteninhalt wurde auch gegen die mit den Entscheidungen der früheren Instanzen übereinstimmende Entscheidung des K. Ministerium des Innern vom 16. Januar 1866 der Rekurs an den Geheimenrath ergriffen, die Beschwerde jedoch durch Beschluß des K. Geheimenrathes vom 15. März 1866 „als unstatthaft zurückgewiesen, da die Rekurenten einen Rechtsanspruch auf Beibehaltung des in Frage stehenden Fußweges nicht erheben, vielmehr nur darzuthun suchen, daß derselbe fernerhin einem Verkehrsbedürfnisse entspreche, die Würdigung der Interessen des öffentlichen Verkehrs bei Anlegung und Abstellung von Wegen aber lediglich Sache der zuständigen Verwaltungsbehörden sei."

Uebereinstimmend hiemit faßte der Geheimerath in der Beschwerdesache des Joh. W. und Gen. von W., Gemeindebez. G., OA. Gmünd, wegen Abschaffung eines Fußweges über die sog. Brühlwiesen unter dem 3. Mai 1867 folgenden Beschluß: Da über die Frage, ob ein öffentlicher Weg aus Gründen der Zweckmäßigkeit abzustellen oder beizubehalten sei, lediglich die Verwaltungsbehörde zu entscheiden habe, da sodann, nachdem die Staatsbehörden von den Beschwerdeführern angegangen, über die Entbehrlichkeit des in Frage stehenden, ohnehin nicht blos zu örtlichen Verkehrszwecken benützten Fußweges selbstständig zu entscheiden hatten und entschieden haben, es auf die Beschlüsse der Gemeindebehörde (deren Giltigkeit nach Art. 7 des Ges. vom 17. Sept. 1853, betr. die zusammengesetzten Gemeinden, beanstandet war) nicht mehr ankomme, so sei die gegen die Verfügung des K. Ministerium des Innern vom 16. April 1867 erhobene Beschwerde als unstatthaft zurückzuweisen.

2) Die (negatorische) Klage gegen die Belastung des Grundeigenthums mit der Duldung eines dem öffentlichen Verkehr dienenden Fußweges ist Gegenstand der Administrativrechtsprechung. [1]

Schuhmacher Fr. M. von M. erhob gegen den dortigen Gemeinderath, welcher die Belegung des Hofraumes des Klägers mit Holz zum Zweck der Offenhaltung eines 3′ breiten öffentlichen Fußweges über denselben verboten hatte, bei dem Oberamte V. Klage zur Beseitigung dieser Belastung seines Eigenthums unter Berufung darauf, daß wegen der früheren Verbauung des Weges durch einen

[1] Vergl. Bischer, Zeitschrift für freiwillige Gerichtsbarkeit, Bd. V, S. 378, Bd. XIII, S 22, (Streitigkeiten über Duldung eines über Privatgüter gehenden Verbindungswegs.) Dieses Archiv, Bd. V. Nr. 5 u. 6 S. 396, Nr. 7 S. 397, Nr. 18 S. 421, Nr. 23 u.

Schweinstall bis auf 1½' kein oder ein kaum passirbarer Durchgang bestanden habe, während der Gemeinderath einen

24 S. 425, 426, Nr. 26 S. 430, Nr. 33 S. 433, Nr. 40 S. 435. Bd. XV. S. 47 Note 58, S. 74 N. 102, unten die Mittheilungen Nr. 4—6. Seuffert Archiv Bd. XVII. Nr. 285, Bd. XXI. Nr. 19. Abweichend hievon ist die Kompetenzfrage in einer Entscheidung des Königl. Obertribunals vom 21. Oktober 1872 (Gerichtsblatt V. S. 276) entschieden. Die Folge dieser Entscheidung wäre, daß in allen Streitigkeiten mit dem Eigenthümer eines Grundstückes, welcher das Bestehen eines öffentlichen Weges über seinen Privatgrundbesitz bestreitet, die Zuständigkeit des Administrativrichters ausgeschloßen und die des Civilrichters begründet sein würde. Daß die hier in Frage stehenden Fälle mehr als andere ähnliche sich auf der Linie bewegen, welche Zweifel über die Kompetenzgrenzen zuläßt, ist zuzugeben. Gleichwohl werden sich gegen diese Entscheidung und gegen ihre Begründung sehr wesentliche Bedenken nicht unterdrücken lassen. Eine eingehende Ausführung gegen diese neueste Thesis des Königl. Obertribunals von Herrn Obertribunalpräsident v. Pfitzer enthält das Gerichtsblatt Bd. VI. S. 36 u. s. f., auf welche zu verweisen ist. Wenn eine Gemeindebehörde ein oder Einzelner, welcher das öffentliche Interesse unter Berufung auf ein subjektives Recht verfolgt, behauptet, daß ein Privatgrundstück einen öffentlichen Weg auf Grund des Herkommens, der unvordenklichen Verjährung u. s. f., zu dulden habe, so wird hiermit keineswegs eine privatrechtliche Servitut behauptet, deren materieller Gehalt hernach für öffentliche Zwecke verwerthet würde, sondern es wird eine aus dem öffentlichen, dem Genossenschaftsrechte folgende Beschränkung des Vermögenrechtes, die Belastung desselben mit der Pflicht, den öffentlichen Verkehr zu dulden, nach Grundsätzen des öffentlichen Rechts in Anspruch genommen. Vgl. dieses Archiv XV. S. 21—23. 62. 65. Gesetzt, es wäre auf Grund einer Widerklage von dem Civilrichter gegen den negatorischen Kläger zu erkennen, so würde hiermit sehr leicht eine andere Belastung ausgesprochen, als diejenige, welche in Anspruch genommen ist und welche nur nach den Grundsätzen des öffentlichen Rechts über Verkehrswege besteht. Eine Trennung der einzelnen Streitpunkte, wie sie jene Mittheilung in dem Gerichtsblatt als nothwendig anerkennt, wird häufig unausführbar sein. Ein ganz anderer Fall ist, wenn das Eigenthum bestritten ist. Denn das Eigenthum ist ein Privatrecht, mag es von dem Staat oder der Gemeinde oder einem Einzelnen verfolgt werden; es ist immer dasselbe Recht. Das Recht eines öffentlichen Weges über ein Privatgrundstück ist aber ein ganz anderes Recht und beruht auf anderen Voraussetzungen,

öffentlichen Fußweg auf Grund unvordenklichen Herkommens beanspruchte. Bei der mündlichen Verhandlung vor dem Oberamt gab der Kläger eine nähere Erklärung dahin ab, er wolle zugeben, daß die Einwohner einen 3′ breiten Weg über seinen Hof benützen, behalte sich aber die Benützung des übrigen Theils in der Breite von 5′ vor. Der Gemeinderath beanspruchte eine solche Wegbreite, daß eine Person mit einem Bündel Gras u. s. f. ungestreift passiren könne, wogegen sich der Kläger darauf berief, daß der Weg einmal längere Zeit abgesperrt gewesen sei und daß er das Haus ohne eine vorgemerkte Last übernommen habe. Von zwei in der Instanz der Kreisregierung vernommenen Zeugen, dem 76 Jahr alten früheren Hausbesitzer und einem früheren Bewohner des Hauses wurde im Wesentlichen übereinstimmend die allgemeine Benützung des Weges seit Menschengedenken bestätigt. Nachdem die Köngl. Kreisregierung gegen die Ansicht des Oberamtes dem Antrag des Klägers gemäß erkannt hatte, davon ausgehend, daß die Erklärung des Klägers, einen Weg von 3′ Breite offen zu lassen, keine verbindliche geworden und der Beweis der unvordenklichen Verjährung nicht erbracht sei (die nähere Ausführung hierüber ist ohne allgemeines Interesse), entschied das Königl. Ministerium des Innern auf den von dem Gemeinderath ergriffenen Rekurs, wobei dieser einen 4′ breiten Weg in Anspruch nahm, unter dem 27. März

---

als die Belastung mit einer privatrechtlichen Wegeservitut. Vom Standpunkt des belasteten Grundeigenthums ist allerdings ein (privatrechtliches) Vermögensrecht in Frage gestellt, aber nicht aus Gründen des Privatrechts, sondern gestützt auf **das öffentliche Recht, vermöge dessen ein seit unvordenklicher Zeit für den Verkehr benützter Weg von Jedermann, auch dem Eigenthümer des hiermit belasteten Grundstückes nach dem öffentlichen (Genossenschafts-) Rechte anzuerkennen, beziehungsweise zu dulden ist.** In der Bejahung der civilrichterlichen Kompetenz für diese Fälle liegt daher in Wahrheit eine Verneinung dieses bisher wenigstens als unzweifelhaft angenommenen Grundsatzes des öffentlichen Rechts. (Sy.)

1869, daß der Kläger auf seinem (näher bezeichneten) Hofraum einen öffentlichen Fußweg in der Breite von 3' zu dulden habe, mit ihrem weitergehenden Anspruch aber die Gemeinde abzuweisen sei. Die Kosten und die auf 4 fl. 24 kr. berechnete Sportel wurden verglichen. Die hiegegen von dem Kläger ergriffene weitere Beschwerde wurde durch Beschluß des Königl. Geheimenrathes vom 2. Oktober 1869 als unbegründet abgewiesen.

3) Unzuständigkeit des Administrativgerichts zur Entscheidung über das bestrittene Eigenthum an einer als Ortsweg dienenden Grundfläche; die Wahrung der bestimmungsgemäßen Benützung eines Ortsweges ist Sache der Gemeindebehörde; ein Einzelner hat hierauf kein Klagerecht im Verwaltungsrechtswege, wenn sein Interesse nur in der Beseitigung der mit der bestrittenen Benützungsart verbundenen Gefährdung seines Eigenthumes besteht.

Sattler G. K. von U. erhob gegen den Schloßmüller Tr. bei dem Oberamt R. Klage, worin gebeten wurde, daß demselben die Benützung eines an sein Eigenthum grenzenden öffentlichen Fußweges als Fahrweges untersagt werde. Die Berechtigung der Klage war darauf gestützt, daß die als Fußweg dienende Fläche sein Eigenthum sei und daß das Befahren des zu schmalen Weges ohne stete Gefährdung und Beschädigung seines Anwesens nicht möglich sei. Der Beklagte bestritt das Eigenthum des Klägers an dem Platze und behauptete die Möglichkeit des Befahrens des Weges, indem er sich auf die langjährige Uebung berief. Die Kreisregierung wies die Klage in Bestätigung der oberamtlichen Entscheidung ab, da der Kläger insofern er sein Recht zur Einsprache gegen die Benützung des fraglichen Weges als Fahrweges auf die Behauptung des Eigenthumes an dem Grund und Boden stütze, welches bestritten und von der Gemeinde in Anspruch

genommen werde, aus diesem Grund insolange nicht als zur Sache legitimirt angenommen werden könne, als nicht sein bestrittenes Eigenthum durch civilgerichtliche Entscheidung zur Anerkennung gebracht sei, und da auch das thatsächliche Interesse, welches der Kläger als bloßer Nebenlieger und abgesehen von den Eingriffen in sein Privateigenthum an der Art der Benützung des öffentlichen Weges habe, ein Klagerecht für denselben, um den Beklagten an der Benützung der seiner Verfügung gar nicht unterworfenen Wegfläche zu hindern, nicht begründet werde. Die hiegegen erhobene Beschwerde wurde von dem Königl. Ministerium des Innern durch Entscheidung vom 5. Nov. 1867 verworfen, in Erwägung, daß der Rekurrent seine Berechtigung zur Klage in der Ministerialinstanz ausschließlich auf die Behauptung gründe, daß wegen der geringen Breite des Weges ein Befahren desselben ohne Eingriffe in sein Privateigenthum nicht möglich sei, dieser Klagegrund aber zur Geltendmachung vor dem Administrativrichter nicht geeignet sei, da es sich bei dieser Klagebegründung lediglich um die Abwehr von Verletzungen des Privateigenthums handle, ohne daß hiebei, außer dem rein thatsächlichen und deßhalb unerheblichen Umstand, daß diese Eingriffe aus Anlaß der Benützung eines öffentlichen Weges geschehen, ein öffentliches Recht irgendwie zur Sprache komme und daher der Administrativrichter nicht in der Lage sei, die nachgesuchte Abhülfe gegen diese Verletzung von Privatrechten zu gewähren [2]. Durch Beschluß des Königl.

---

[2] Uebrigens dürfte hiedurch die Verpflichtung der öffentlichen Verwaltung, einer Benützung öffentlicher Wege, welche nothwendig wegen ihrer Beschaffenheit die Beschädigung von Privateigenthum zur Folge hat, abzustellen, und folgerichtig die Beschwerde des gefährdeten Eigenthümers an die vorgesetzte Verwaltungsbehörde, wenn die Gemeindebehörde dieser Verpflichtung nicht nachkommt, nicht ausgeschlossen sein. Nicht im Widerspruch mit obiger Entscheidung steht die oben, Nr. 2, mitgetheilte Entscheidung, da es sich hierbei um die Feststellung des Umfanges einer bean-

Geheimenraths vom 1. Februar 1868 wurde die hiegegen erhobene Beschwerde unter Verurtheilung des Rekurrenten zur Zahlung einer Sportel von 6 fl. als unbegründet abgewiesen, da die von demselben geltend gemachten Interessen nicht von der Art seien, um ihn zu einem im Verwaltungsrechtswege geltend zu machenden Widerspruch gegen jene von der Gemeindebehörde nicht beanstandete Benützung des Wegs zu berechtigen, da insbesondere die erst in gegenwärtiger Instanz gemachte Angabe, daß Rekurrent diesen Ortsweg zu unterhalten habe, gegenüber den bestehenden Vorschriften über Unterhaltung der öffentlichen Ortswege jeder näheren Begründung entbehre und ebenso nach der bestehenden Einrichtung nur den Gemeindebehörden die Aufgabe zukomme, die bestimmungsgemäße Benützung der Gemeindewege zu wahren.

4) Zuständigkeit des Administrativgerichtes zur Entscheidung des Streites über das Bestehen und das Benützungsrecht eines öffentlichen Ortswegs; Einfluß der Besitzverhältnisse auf die Beweislast; Einträge im Primärkataster und allgemeine Benützung seit Menschengedenken als Beweismittel für die öffentliche Eigenschaft eines Wegs.

Sonnenwirth N. von N. bat im Jahr 1859 den Gemeinderath um Erlaubniß, auf der Seite seines Wohnhauses Nr. 140 gegen das Haus des L. Fr. H. Nr. 124, wo früher schon ein Fenster gewesen sein soll, und gegen einen Weg, dessen Flächenmaß in dem Primärkataster unter den der Gemeinde gehörenden Ortswegen beschrieben ist, eine eichene Hausthüre anbringen zu dürfen, wurde aber am 20. Januar 1859 abgewiesen, weil auf diesem Weg den

---

sprochten Weglast auf unzweifelhaftem Eigenthum des Beklagten handelt, vgl. die Note zu Nr. 2 und dieses Archiv Bd. XV. S. 36 Note 44, S. 47 Note 58.

Besitzern der hinterliegenden Häuser Nr. 119, 121 eine Weggerechtigkeit zustehe, deren Ausübung durch die Hausthüre beeinträchtigt würde und weil auch der Nachbar H., der an den 3' breiten Platz anstoße und gegen das Vorhaben des N. protestire, belästigt werden könnte. H. hatte gegen die Herstellung der Thüre Einsprache erhoben, weil sie die freie Benützung seines bis an's N.'sche Haus gehenden Hofraums beeinträchtige und ihm das Gesetz nicht auflege, eine Thüre gegen sein Eigenthum zu dulden. N. erhob gegen diese Verfügung der Gemeindebehörde bei dem Oberamt Beschwerde. Schon die äußere Beschaffenheit, die Erhöhung und Abgrenzung des fraglichen Wegs von der Dunglege bei Nr. 124 mittelst Umzäunung und der Umstand, daß dieser Weg die beiden Ortswege Nr. 1 und 5 verknüpfe, müsse darauf führen, daß dieß ein öffentlicher Weg sei, als welcher er von jeher gegolten und im Primärkataster und Ortskarte eingetragen sei. Ebendaher könne es kein Privatweg sein, keine bloße Servitut. Die Anbringung einer Thüre könne dem H. nur insofern widrig sein, weil er auf diesem Weg sein Vieh von und zu dem Stall Nr. 123 treibe, was aber polizeilich zu verbieten wäre. Die Thüre werde einwärts gehen. Der Gemeinderath, zum Bericht aufgefordert, erklärte, daß der Weg nur von den betheiligten Hausbesitzern benützt werden dürfe und nichts weniger als ein öffentlicher Weg sei; der Eintrag im Primärkataster werde unrichtig sein, der Platz zum Hofe des H. gehören. Er sei auch zur Verbindung der zwei Ortswege gar nicht nöthig. Durch Errichtung einer Hausthüre würde die Weglast vergrößert und zumal wegen des hin- und hergehenden Viehes und wenn Kinder den Weg passiren, wären Unglücksfälle zu besorgen, auch Streitigkeiten nicht zu vermeiden. Am 21. April 1859 beschloß das Oberamt, da dem Vorhaben in baupolizeilicher Beziehung lediglich nichts im Wege stehe, die Erlaubniß zur Einrichtung der Thüre zu ertheilen, die Nachbarn aber mit ihren privatrechtlichen Einwendungen an den Richter zu

verweisen. Nun erging am 6. Mai 1859 ein gemeinderäthliches Erkenntniß, welches dem N. die Wiederzumauerung der inzwischen schon angebrachten Thüre aufgab, wogegen dieser sich an das Oberamtsgericht wandte. Bei der mündlichen Verhandlung hierüber gab er jedoch die Erklärung ab, daß er kein Privatrecht auf den fraglichen Platz zu haben behaupte und wenn derselbe Eigenthum des H. wäre, kein Recht, darüber zu gehen, hätte, er spreche dieses Recht lediglich aus dem Grund an, weil der Platz ein öffentlicher sei; er trage unter Zurücknahme seines Rekurses darauf an, daß die Sache vor das K. Oberamt gebracht werde, welches zu entscheiden haben solle, ob der Raum Privateigenthum oder öffentlicher Platz sei. Hierauf gab das Oberamtsgericht die Akten an's Oberamt als zuständig über die Frage: ob jener Weg ein öffentlicher sei. Bei der oberamtlichen Verhandlung am 22. Juli 1859 beharrte H. auf seinem Eigenthumsanspruch an fraglichem Wege, räumte auch dem N. wegen seines Hauses Nr. 121 (nicht aber wegen Nr. 140) eine Wegservitut ein und bat demselben die Hausthüre, wodurch er in sein Privateigenthum eingegriffen, wieder abzusprechen. N. behauptete sein Recht nicht blos als Eigenthümer seines Hinterhauses (121) sondern auch als Eigenthümer des vorderen, diesen öffentlichen Weg wie jeder Andere gehen, also auch eine Thüre auf denselben hinausführen zu dürfen. Nach weiteren Verhandlungen sprach das Oberamt am 13. Dezember 1859 dem fraglichen Fußpfad die Eigenschaft eines öffentlichen Wegs ausdrücklich ab, überließ den Betheiligten, ihre Rechte an den Weg bei Gericht geltend zu machen und ließ es in Betreff der Thüre bei der früheren oberamtlichen Verfügung d. h. bei der Erlaubniß. Ungeachtet dieser Einräumung suchte nun N. im Rekurswege die Eigenschaft des Wegs als eines öffentlichen weiter darzuthun, indem er dabei bat, das oberamtliche Erkenntniß aufzuheben und den Kläger H. mit seiner ungegründeten Klage abzuweisen.

Auf Grund dieser Formulirung der Schlußbitte sprach

die Königl. Kreisregierung am 3. Februar 1860 aus, daß nur eine negatorische Klage Seitens des H. auf Anerkennung der Freiheit seines Eigenthums und eine hiegegen von N. vorgebrachte Einrede vorliege, daß aber über jene Klage die Gerichte zu entscheiden haben und dieselbe daher abzuweisen sei, wogegen eine Klage auf Anerkennung des Wegs als eines öffentlichen in Verhandlung zu nehmen wäre. Hierauf erhob H. gerichtliche Klage gegen N. auf Schutz im Besitz seines Hofraums, zu welchem Hofraum auch der angebliche Weg gehöre, wurde jedoch mit derselben abgewiesen, weil der Beweis des gegenwärtigen juristischen Besitzes der fraglichen Wegfläche durch den Kläger nicht erbracht sei. In dem sofort anhängig gemachten petitorischen Rechtsstreit wurde in erster Instanz der Kläger materiell abgewiesen, in zweiter und dritter Instanz dagegen ausgesprochen, daß kein Objekt eines Civilprozesses vorliege, indem der Beklagte kein Privatrecht für sich an fraglichem Platz geltend mache, sondern nur ein öffentliches Recht. In Folge einer von H. nun gegen die Inkompetenzerklärung der Kreisregierung an das Hohe Ministerium des Innern gebrachten Beschwerde, worin um Wiederherstellung des oberamtlichen Erkenntnisses gebeten wird, wurde durch Ministerialerlaß vom 11. Juni 1863 die Kreisregierung angewiesen, materiell in der Sache zu erkennen, da es sich um einen Streit über einen öffentlichen Weg handle, worüber die Administrativbehörden zu erkennen haben, wenn der Streit auch durch den Anspruch auf die Befugniß zur Verschließung des Wegs für den allgemeinen Verkehr veranlaßt sei, worauf die Kreisregierung auf die öffentliche Eigenschaft des Wegs erkannte. Das Königl. Ministerium des Innern erkannte unter Abänderung dieser Entscheidung in Uebereinstimmung mit der ersten oberamtlichen Entscheidung, wogegen der Königl. Geheimerath auf die erhobene Beschwerde unter dem 27. Juli 1865 folgende Entscheidung fällte: In Betracht daß, nachdem der Rekurrent N. jedenfalls in dem Mitbesitze der Benützung des in Frage stehenden

Weges in Folge der oberamtlich gestatteten Einrichtung einer auf diesen Weg führenden Hausthüre rechtmäßig sich befinde, dem H. als Kläger der Beweis obliege, daß der fragliche Weg nicht als ein öffentlicher zu benützen sei, daß aber H. diesen Beweis nicht zu liefern vermocht habe, vielmehr 1) die nach der Instruktion für die Landesvermessung §. 57 unter Zuziehung orts- und sachkundiger Personen vorzunehmen gewesene geometrische Aufnahme der in Frage stehenden Fläche einen von dem angrenzenden Hofraum und der Parzelle 561 durch Marken durchaus abgeschiedenen Weg aufzeige, dessen Fläche sofort im Primärkataster unter den der Gemeinde gehörigen Ortswegen beschrieben sei; daß diese Aufnahme nach §. 41 und 44 der angeführten Instruktion auf einer vorausgegangenen Untersuchung über den Zustand der Vermarkung und die richtige Begrenzung, insbesondere der Hofräume, unter Zuziehung des Ortsvorstehers und eines Mitglieds vom Untergangsgerichte beruhen müsse, während etwaige neue Vermarkungen von dem Untergangsgericht unter Zuziehung der Betheiligten vorzunehmen gewesen seien; das Nichtauffinden mehrerer zu dieser Vermarkung gehöriger Steine aber, ohne erweisliche Veränderung des rechtlichen Zustandes, sowie der zwischen Karte und Primärkataster bestehende Widerspruch, wonach in Letzterem eine in der Karte nicht enthaltene Fortsetzung des Ortswegs Nr. 5 über oder an dem zum Hause Nr. 119 gehörigen Hofraum beschrieben ist, gegen das amtlich beurkundete Bestehen eines besonders abgemarkten ständigen Wegs nicht zu beachten sei, (die nähere Ausführung dieses Satzes in den Gründen wird als des allgemeinen Interesses entbehrend übergangen);

2) daß mit der Königl. Kreisregierung als Ergebniß des seiner Zeit bei Gericht stattgehabten Zeugenverhörs anzunehmen sei, daß eine allgemeine Benützung des Wegs in der Meinung, er sei öffentlicher Natur, seit Menschengedenken stattgefunden habe, wie denn auch, wenn H. einräumen müsse, daß der Weg von seinen „hinterliegenden

Nachbarn“ und den mit ihnen Verkehrenden herkömmlich benützt worden sei, dieß dahin deute, daß der Weg von denjenigen Einwohnern, für welche er nach seiner Lage und Richtung überhaupt von Werth sein könne, regelmäßig begangen worden, und das Gutachten der Bau- und Feuerschau vom 10/15. April 1839 von einer Beschränkung der Wegeberechtigung auf bestimmte Hausbesitzer lediglich nichts enthalte, die Aussage des Zeugen Pfl. endlich allein stehe und zudem nicht mit der Annahme eines öffentlichen Wegs unvereinbar sei;

3) daß das oben angeführte Gutachten ein Anerkenntniß des Eigenthums des H. Seitens des Gemeinderaths überall nicht enthalte, in der neuerlich erfolgten Erklärung des Gemeinderaths, daß er ein Eigenthum an dem Weg für die Gemeinde nicht in Anspruch nehme, noch keineswegs ein Verzicht auf eine allgemeine Wegbenützung enthalten sei, auch abgesehen von der Frage, ob ein solcher Verzicht dem Rekurrenten, welcher vorher mit baupolizeilicher Erlaubniß eine Einrichtung in seinem Hause traf, die ihn nothwendig auf die Mitbenützung des bisher öffentlichen Wegs an seinem Hause anweise, zum Nachtheil gereichen könnte;

4) daß gemeine Fußpfade einer regelmäßigen Unterhaltung nicht theilhaftig zu sein pflegen, der Umstand daher, daß die Gemeinde noch nichts auf den streitigen Weg verwendet habe, die öffentliche Eigenschaft des letztern nicht aufhebe,

werde unter Abänderung des Ministerialerkenntnisses vom 14. März d. J. der Rekurrent für berechtigt erklärt, den in Frage stehenden Weg als einen öffentlichen mitzubenützen, indem es übrigens bei der in jenem Erkenntnisse hinsichtlich des Kostenpunkts getroffenen Verfügung belassen und jedem der streitenden Theile auch sein Aufwand in der gegenwärtigen Instanz und die Hälfte der auf Neun Gulden festgesetzten Sportel zugeschieden werde.

5) **Die (negatorische) Klage gegen die Belastung des Grundeigenthums mit der Duldung eines dem öffentlichen Verkehr dienenden Fußweges ist Gegenstand der Administrativrechtssprechung. Feststellung eines vertragsmäßig eingeräumten öffentlichen Fußweges unter Beschränkung auf die nächste Nachbarschaft durch administrativrichterliche Entscheidung.**

Im Jahre 1843 hatte Stadtschultheiß H. von B. das Helferhaus mit Garten und Hof käuflich erworben. Zwischen dem Haus und einem von demselben ebenfalls erworbenen Stück der Stadtmauer liegt ein Platz, über welchen von der Stadtgemeinde ein öffentlicher Weg angesprochen wurde. Da in dem Kaufvertrag von diesem öffentlichen Weg keine Rede war, so bestritt Stadtschultheiß H. denselben, in dem er die stattgehabte Benützung als bloße Vergünstigung darstellte und sich weiter auf eine im Jahre 1862 stattgehabte Verhandlung berief, in Folge welcher sein Waschhaus an der Stadtmauer zum Zweck der Anlegung eines mit Durchbrechung derselben anzulegenden neuen Fußweges zu dem Bahnhof entfernt worden war. Endlich wurde geltend gemacht, daß jedenfalls auf die Abstellung des Weges wegen dessen Entbehrlichkeit zu erkennen sei. In der erwähnten Verhandlung von 1862 war über den in Frage stehenden Platz durch Vertrag mit der Stadtgemeinde festgestellt, daß derselbe unbestrittenes Eigenthum des Stadtsch. H. bleibe und in §. 10 des Vertrags bestimmt: der nächsten Nachbarschaft wird der Durchgang im Winkel (dem in Frage stehenden Platze) gestattet, so lange damit kein Mißbrauch getrieben wird. Daß der Fußweg, der im Primärkataster unter den Ortswegen ohne Markstein lauft, seit 60 Jahren zum Wasserholen, namentlich von den Schulknaben zum Wassertrinken, als Weg zur Kirche, als Weg durch die Stadtmauer, wo Seiler arbeiteten und Tuch getrocknet wurde, endlich als Zugang zum Beschälstall

benützt worden war, wurde außer Zweifel gesetzt. Das Oberamt und die Kreisregierung erkannten dahin, daß der Kläger H. fernerhin einen öffentlichen Fußweg über seinen Hofraum zu dulden habe, indem sie aussprachen, daß der Weg, welcher sich nach beiden Seiten gegen Stadt und Kirche fortsetze, für die dortigen Umwohner nicht leicht entbehrlich sei. Auf erhobene Beschwerde des Stadtschultheißen H. erkannte das Ministerium des Innern unter dem 22. Nov. 1864 abändernd dahin, der Kläger H. habe der nächsten Nachbarschaft das Durchgangsrecht durch den Hofraum zwischen seinem Hause und der Stadtmauer nur insolange, als er nicht einen Mißbrauch des Rechts nachzuweisen vermöge, zu dulden; dagegen sei derselbe nicht schuldig, einen allgemeinen Jedermann zugänglichen öffentlichen Weg durch diesen Hofraum als bestehend anzuerkennen. Die gegen diese Entscheidung von dem Gemeinderath in B. erhobene Beschwerde wurde sodann durch Beschluß des Königl. Geheimenraths vom 27. Februar 1865 unter Verurtheilung des Rekurrenten in eine Sportel von 6 fl. als unbegründet abgewiesen, da die Beschränkung des Gebrauchs des durch den Hofraum des Stadtschultheißen H. hergebrachter Maßen bestehenden Fußweges auf die nächsten Umwohner desselben durch den Vertrag vom 31. Oktober 1862 in unzweifelhafter Weise und rechtsgültig festgestellt worden sei.[1]

---

[1] Hiernach wurde ein Fußweg, obgleich nicht Jedermann dessen Benützung offen steht, gleichwohl als öffentlicher Weg bezeichnet, da er nicht einem Einzelnen als solchen, sondern dem öffentlichen Verkehr dient. Dasselbe trifft bei Güterwegen in der Regel zu, deren Benützung gleichfalls nicht Jedermann und zu jedem Zweck offen steht (vgl. übrigens unten Nr. 25). Die Bemerkung in Boscher's Zeitschrift Bd. V. S. 380, daß ein öffentlicher Weg derjenige sei, welcher Jedermann offen stehe, ein Privatweg derjenige, dessen Benützung nur bestimmten Personen zukomme, erleidet hienach eine Einschränkung.

6) Oeffentliche Weglast auf einer im Privateigenthum befindlichen Area (Hofraum). Zuständigkeit der Administrativjustizbehörden im Falle eines Streites hierüber. Merkmale der öffentlichen Wegservitut.

Am 26. März 1864 erhob B. R. von G. bei dem Oberamte R. Beschwerde darüber, daß die Wittwe M. den durch ihren Hof zu seinem Hause führenden Weg, der ein öffentlicher Weg sei, durch Bauholz und Reisach belege, worauf die ungesäumte Räumung des Weges oberamtlich angeordnet wurde. Hiegegen verwahrte sich die Wittwe M. bei dem Oberamte, wobei das Recht des R. auf den Weg bestritten und angefügt wurde, daß eine die Freiheit des Eigenthumes von dieser Weglast schützende negatorische Klage bei dem Oberamts-Gericht angebracht sei. Auf die Erklärung des Beklagten B. R., daß er kein Fahrrecht oder Wegrecht über den Hof der Klägerin aus einem ihm zustehenden Privatrechte geltend mache, sondern behaupte, es gehe über den Hofraum der Klägerin ein öffentlicher Fuß- und Fahrweg, erklärte sich das Oberamts-Gericht für unzuständig, worauf der Gemeinderath von G., veranlaßt durch die inzwischen erfolgte gänzliche Absperrung des Weges durch einen Zaun sich an das Oberamt mit der Bitte wendete, die alsbaldige Oeffnung des Weges, den er als einen öffentlichen ansehe und beanspruche, anzuordnen und der Wittwe M. aufzugeben, ihren Anspruch auf Freiheit von der Weglast geltend zu machen. Das hierauf ergangene Verbot der Absperrung veranlaßte die Wittwe M. zur Erhebung der Klage, in welcher sie an das Oberamt den Antrag stellte, dasselbe wolle den Gemeinderath mit seinen Ansprüchen auf eine öffentliche Straße über ihren Hofraum abweisen. Ein nun auch von dem Oberamte ertheilter Inkompetenzbescheid wurde auf die Beschwerde der Wittwe M. von der Kreisregierung aufgehoben und fortan die Streitsache ohne weitere Beanstandung der Zu-

ständigkeit der Administrativjustizbehörden von diesen verhandelt. In der Sache selbst wurde auf Grund der Verhandlungen übereinstimmend von dem Oberamte am 29. Juli 1869 und der Königl. Kreisregierung unter dem 9. Jan. 1872 gegen die Wittwe M. erkannt. Ebenso wurde durch Erlaß des Ministerium des Innern vom 9. Januar 1872 die Beschwerde der Rekurrentin M. gegen die Regierungsentscheidung, durch welche dieselbe für verpflichtet erklärt wurde, den von dem Gemeinderath behaupteten öffentlichen Weg durch ihren Hofraum zu dulden, als ungerechtfertigt verworfen. Diese Entscheidung ist auf Grund einer ausführlichen, durch die in dem Gerichtsblatt mitgetheilte Entscheidung des Königl. Obertribunals vom 21. Februar 1872 veranlaßten Erörterung über die Zuständigkeitsfrage [1] ergangen und wurde, ohne Erwähnung eines dießfälligen Zweifels im Wesentlichen in der Sache *selbst* auf folgende Gründe gestützt:

„Schon in der Vereinödungskarte vom Jahre 1789 seien die beiden einerseits von Südwesten her zwischen der Kirche und dem Anwesen des B. N., andererseits von Osten her am früheren Zehntstadel, nunmehrigen Schulhaus vorüber auf den M.'schen Hof zuführenden Ortsstraßen, welche auch in dem Kaufvertrag vom 24. August 1826 über das von denselben östlich und westlich begrenzte Grundstück als Dorfstraßen bezeichnet und von der Wittwe M. als solche anerkannt sind, nicht als an der Grenze des M.'schen Hofes endigend, als bloße Zufahrtsstraßen zu dem M.'schen Haus und Hof, vielmehr deutlich als durch diesen Hof zu gegenseitiger Verbindung sich fortsetzend ein-

---

[1] Württ. Gerichtsblatt Bd. V. S. 284, vgl. ebendaselbst Bd. III. S. 297 und 398, Bd. VI. S. 36. Dieses Archiv Bd. V. Nr. 18 S. 421, Nr. 23, 24 S. 425 und 426, Nr. 26 S. 430, Nr. 33 S. 433, Nr. 40 S. 435. Bd. XV. S. 47 Note 58 und S. 74 Nr. 102. Dieses Heft S. 248 Nr. 1 und die Note 1, ferner Seuffert Archiv Bd. XVII. Nr. 285, Bd. XXI. Nr. 19.

gezeichnet. (Die weitere hierüber folgende Ausführung kann hier übergangen werden.) Auch in der Landesvermessungskarte von 1825 sei der Hofraum der Wittwe M. gegen das N.'sche Anwesen und gegen die an diesem vorüber auf den gedachten Hofraum zuführende Ortsstraße hin nicht als abgeschlossen dargestellt, der Einzeichnung eines solchen Abschlusses in der Ergänzungskarte aber könne, da solche erst in neuerer Zeit von unbekannter Hand und ohne daß eine Begründung hiefür nachweislich wäre, erfolgt sei, kein Gewicht beigelegt werden. Endlich sei auch aus Anlaß des Verkaufes der Zehntscheuer an die Gemeinde E. im J. 1843 bei der unter Mitwirkung des Ehemannes und Besitzvorfahren der Wittwe M. als Angrenzers erfolgten und von ihm ausdrücklich anerkannten Feststellung der Grenzen des zu jener Scheuer gehörigen Hofraumes der südlich von diesem vorüberführenden öffentlichen Straße in einer Weise gedacht, welche nicht daran zweifeln lasse, daß dieselbe nicht als bei der Zehntscheuer endigend, sondern von dieser aus durch den M.'schen Hof gegen die von der entgegengesetzten Seite her in letztere einmündende Ortsstraße sich fortsetzend angesehen worden sei. — Dieß Alles werde durch die Aussagen der vernommenen Zeugen bestätigt, welche dahin gehen, daß stets allgemein und unbeanstandet, seit dem Jahre 1825 namentlich auch mit Langholzfuhrwerken über den M.'schen Hofraum gefahren worden sei. Daß der Weg aber als ein *öffentlicher* angesehen und als solcher mit der Ueberzeugung der Berechtigung hiezu benützt worden sei, müsse nach den Umständen, insbesondere im Hinblick auf die Lage des Hofraumes, zwischen zwei lediglich durch ihn ihre Fortsetzung findenden Ortsstraßen bis zum Beweise des Gegentheils, insbesondere einer bloß bittweisen Ausübung der Durchfahrt als unzweifelhaft angenommen werden. Einen solchen Gegenbeweis vermöge man in den hiefür angeführten Thatsachen (des vorübergehenden Abschlusses des Hofes für kurze Dauer aus besondere Anlässen, der Nichtbekiesung des

Hofes und der Nichterwähnung des öffentlichen Weges in dem Primärkataster und Güterbuch), namentlich auch nicht in dem Umstand finden, daß der Hof in dem Kaufinstrument vom 30. September 1814 als gegen Mittag an den Gottesacker stoßend bezeichnet sei, „da das Eigenthum der Wittwe M. an der Area des ganzen Hofes nicht bestritten und von der Gemeinde nicht etwa ein besonders auszuscheidendes Stück desselben als Gemeindeeigenthum in Anspruch genommen, sondern nur die Gestattung eines öffentlichen Weges über den im Uebrigen als Privateigenthum anerkannten Hof verlangt" werde. Eine gegen diese Entscheidung an den Königl. Geheimerath gerichtete Beschwerde wurde formell wegen Versäumung der Rekursfrist abgewiesen.

7) Zuständigkeit des Administrativrichters im Falle eines Streits über die auf einen Vertrag gestützte Unterhaltungspflicht eines Nachbarschaftsweges; Vertretung der Markung durch die Inhaber der zu derselben gehörigen Güter.

Am 7. Juni 1864 erhoben die Bauern von Wolfertsreute, Gemeindebezirks H., M. S. und Gen., bei dem Oberamte Saulgau gegen J. G. R. und Anton Sch. von Hangen, Gemeindebezirks Eichstegen Klage auf Erfüllung eines am 26. März 1835 zu Stande gekommenen Vertrags, durch welchen diese als Inhaber der eine eigene Markung Hangen bildenden Güter zur Theilnahme an der Unterhaltung einer angeblich auf der Markung Wolfertsreute liegenden, zur Verbindung von Hangen und Wolfertsreute dienenden, vor dem Vertrag von den Markungsgenossen von Hangen allein unterhaltenen Wegstrecke verpflichtet seien. Die Beklagten wendeten ein, daß der Weg auf der Markung Wolfertsreute liege, weder sie noch ihre Rechtsvorgänger jemals an dessen Unterhaltung sich betheiligt haben, daß insbesondere der Vertrag von 1835

für sie nicht bindend sei, von ihren Rechtsvorgängern nur für ihre Person habe abgeschlossen werden können; daß endlich neuerdings die Sachlage sich insofern geändert habe, als jetzt alle Wege des ganzen Gemeindebezirks Eichstegen von der Gemeinde erhalten werden, sie daher durch die Unterhaltung der außer der Gemeindemarkung liegenden Wegstrecke überbürdet wären. Die Gemeindevertretung von Eichstegen, von dem Oberamte zur Aeußerung aufgefordert, erklärte, daß, da die fragliche Wegstrecke auf der Markung Wolfertsreute liege, die Gemeinde deren Unterhaltung nicht übernehmen könne. Am 30. Dezember 1864 erkannte das Oberamt zu Gunsten der Kläger. In der hiegegen eingereichten Beschwerdeschrift trugen die Beklagten unter Wiederholung ihres Vorbringens in erster Instanz weiter folgendes vor: der in Frage stehende Weg sei für sie nicht nöthig nnd werde von ihnen nicht benützt, der Vertrag von 1835 sei nicht zum Vollzug gekommen, sei es, daß er von Anfang an nicht perfekt geworden oder durch gegenseitige Uebereinkunft wieder aufgehoben worden sei. Es fehle ihm auch die Bestätigung der Gemeindebehörde. Jedenfalls haben die Contrahenten nicht in Vertretung der Markung und Namens derselben, sondern nur für ihre Person zur Bereinigung vorübergehender Verhältnisse den Vertrag projektirt. Beide Markungen bilden keine juristische Persönlichkeit; nur die Gemeindebehörden hätten ein solches öffentlich rechtliches Verhältniß regeln können. Der Vertrag sei zudem wegen Unbestimmtheit ungültig, da die Wegstrecke nach Anfang und Ende nicht klar bezeichnet sei. Endlich sei für eine Klage aus dem Vertrag nicht die Administrativjustizbehörde, sondern nur der Civilrichter zuständig. Es werde daher um Abweisung der Kläger, eventuell um Verweisung ihrer Ansprüche an die Gemeinde Eichstegen zu besonderem Verfahren gebeten. Sowohl die Kreisregierung als das Ministerium des Innern wiesen die erhobenen Beschwerden durch Entscheidungen vom 19. Mai 1865 und 3. April 1866 ab. Ebenso

wurde durch Beschluß des Königl. Geheimenraths vom 24. Oktober 1866 die weitere Beschwerde gegen die Ministerialentscheidung als unbegründet abgewiesen, und diese dahin bestätigt, daß die Rekurrenten schuldig seien, an Herstellung und Unterhaltung der fraglichen Wegstrecke nach Maßgabe des Vertrages vom 26. März 1835 Theil zu nehmen, wodurch übrigens über die in der Instanz des Königl. Geheimenrathes nicht in Verhandlung gekommene Frage, in wiefern die Gemeinde Eichstegen hiebei einzutreten habe, Nichts entschieden werden solle. Diese Entscheidung erfolgte unter Hinweisung auf die Gründe des Ministerium des Innern in weiterer Erwägung, daß 1) nach Ausweis der vorliegenden Karten ein anderer Weg zwischen Wolfertsreute und Hangen, welcher auf der Grenzscheide zwischen den beiderseitigen Hofgütern liegt, überhaupt nicht existire, also in dem Vertrag vom 26. März 1835 nur die jetzt im Streit liegende Wegstrecke gemeint sein könne, daß 2) durch die gemeinderäthliche Verhandlung vom 12./27. December 1831 und die ihr vorausgegangenen ruggerichtlichen Verhandlungen außer Zweifel gesetzt sei, daß Hangen, wie die anderen Parzellen der Gemeinde, die Wege auf dortiger Markung für sich zu unterhalten gehabt habe, in welchem Verhältniß erst seit 1857 die Aenderung eingetreten sei, daß ein Theil des Wegunterhaltungsaufwandes, nämlich die Kosten der von den Parzellen zu besorgenden Kiesbeifuhr, auf die Gemeindekasse übernommen worden; 3) daß die damaligen Hofgutsbesitzer in Hangen, welche als solche zugleich I n h a b e r der M a r k u n g gewesen seien und die sachlichen Rechte und Pflichten, die sich an das Markungsverhältniß anknüpfen, allein zu vertreten gehabt haben, daher auch berechtigt gewesen seien, über die künftigen bisher unter den beiden angrenzenden Markungen im Streite gelegene Unterhaltung einer Wegstrecke den vorliegenden die beiderseitigen Verpflichtungen ohne Zeitbeschränkung, also für immer regelnden Vergleich vom 26. März 1835 abzuschließen, in welchem ein in Mitte liegender besonderer Privatrechtstitel

nirgends angezeigt sei und durch welchen seinem ganzen Zusammenhange nach eine öffentliche Verpflichtung der Markungskomplexe von Haugen und Wolfertsreute habe anerkannt werden sollen, für dessen Beurtheilung daher die Administrativjustizbehörden allein zuständig seien ꝛc. (Die nun folgende Erörterung einer Vertragsbestimmung bietet kein allgemeines Interesse).

8) Wirkung eines Vertrags über Unterhaltung der Nachbarschaftswege nach Veränderung der Markungsverhältnisse. Zuständigkeit des Administrativgerichts.

In der Streitsache zwischen Carl K. vom Scheuelberger Hof und der Gemeinde Maulbronn wegen Unterhaltung eines Wegs hat der Königl. Geheimerath am 6. April 1870 folgenden Beschluß gefaßt:

In vorliegender Streitsache komme in Betracht:

1) In dem Kaufvertrage vom 14. September 1819 habe die Königl. Staatsfinanzverwaltung die ihr als Inhaberin der gesammten Klostermarkung gesetzlich obgelegene Verbindlichkeit zu Unterhaltung der öffentlichen Wege rücksichtlich der die Scheuelberger „Hofmarkung" durchziehenden Wege auf die Käufer dieses Hofs unter der weiteren Bestimmung übertragen, daß der Hof einer benachbarten Gemeinde einzuverleiben sei (§. 6), und, wie Wortlaut und Zusammenhang der §§. 6 und 7 ergeben, habe es sich hiebei um die im §. 1 des Königl. Edikts über die Gemeindeverfassung vom 31. December 1818, jetzt §. 1 des Verwaltungs-Edikts entsprechende Gestaltung der Markungs- und Gemeinde-Verhältnisse des von der exemten Domäne wegverkauften Hofs Scheuelberg, mithin um ein dem öffentlichen Recht angehöriges Verhältniß gehandelt.

2) Seitdem sei der im Streit liegende Weg nach dem Anerkenntniß des Klägers von den Hofbesitzern ausschließlich unterhalten, und die Vereinigung der Markungs- und

Gemeindeverhältnisse des Hofs sei auf die Verhandlungen über Bildung der Gemeinde Maulbronn ausgesetzt worden.

3) Da nach dem hierüber am 28. Februar bis 1. März 1838 zwischen der Staatsfinanzverwaltung und der Gemeinde Maulbronn abgeschlossenen Vertrag, insbesondere dem §. 1 desselben, die Gemeinde Maulbronn als Rechtsnachfolgerin der Staatsfinanzverwaltung in Betreff des Innehabens der Markung Maulbronn (mit den in §. 1 bemerkten Ausnahmen) anzusehen, so sei diese Gemeinde auch in das durch den Kaufvertrag von 1819 bestimmte Markungs-Verhältniß zu dem Hof Scheuelberg in so weit eingetreten, als nicht durch Uebereinkunft sämmtlicher Betheiligten eine Aenderung hierin getroffen worden.

4) Eine solche Aenderung sei nun allerdings dahin eingetreten, daß seitdem, mit Zustimmung sowohl der Hofbesitzer als der Gemeinde Maulbronn, der Complex des Hofguts Scheuelberg im Allgemeinen als Bestandtheil der Gemeinde-Markung Maulbronn bestimmt angesehen worden, wie denn die letztere, lediglich mit den in § 1 des Vertrags benannten Ausnahmen, aus der früheren Klostermarkung mit Einschluß des 1819 verkauften Scheuelberghofs gebildet und die von der Finanzverwaltung vertragsmäßig dargereichte Dotation der aus dem Klosterort und den Privathöfen gebildeten Gemeinde zugewendet worden sei, was sich alles daraus erkläre, daß man bei den Verhandlungen von 1835—38 den Scheuelberghof, als mit einer Gemeinde überhaupt noch nicht vereinigt, immer noch als Theil des Klostergebiets, seine Inhaber als Hintersassen des Klosters (Vertrag §§. 4 und 5) angesehen habe, allein ein Uebergang der den Käufern des Scheuelberghofes und gleichzeitigen Markungs-Inhabern obgelegenen Verbindlichkeit zu Unterhaltung der zum Hof gehörigen öffentlichen Wege auf die neue Gemeinde vermöge der Erstreckung ihrer Markung über den Hof, sei weder Kraft Gesetzes nothwendig eingetreten, da dieses einer anderweiten Rege-

lung und der Festsetzung besonderer Rechts=Verhältnisse, namentlich unter mehreren Orten einer Gemeinde (Verwaltungs=Edikt §. 1), über die Unterhaltungspflicht an öffentlichen Wegen nicht im Wege stehe, noch könne ein solcher Uebergang, worauf es zunächst ankomme, als von den Betheiligten beabsichtigt und vereinbart angenommen werden. Denn es liege einerseits dem Vertrage von 1838 und der lediglich durch ihn bewirkten Bildung der Gemeinde Maulbronn die wesentliche Voraussetzung zu Grunde, daß die neue Gemeinde für die zu übernehmenden Orts= und Markungslasten eine vollständige Entschädigung erhalte (§§. 42, 43) und die Staatsfinanzverwaltung habe nirgends die Absicht kund gethan, der Gemeinde zu Gunsten des Scheuelberghofs auch die Uebernahme der den Besitzern des Letzteren damals unbestritten obgelegenen Weglasten anzubedingen, wie denn Kläger selbst anerkenne, daß der streitige Weg in dem — dem Abfindungs=Vertrag zu Grund liegenden Verzeichniß der von der Gemeinde zu übernehmenden Wege nicht enthalten sei. Andererseits fehle es an jeder von der Gemeinde den Besitzern des Scheuelberghofs gegenüber abgegebenen Erklärung, wonach sie sich zu Uebernahme der diesen bisher obgelegenen Wegunterhaltungslasten verpflichtet hätte, ja selbst an einem dießfallsigen, bei jener Neugestaltung der Markungsverhältnisse von den Hofbesitzern gestellten Ansinnen an die Gemeinde. Jene haben sich vielmehr nach wie vor bis zu gegenwärtigem Rechtsstreite zu Unterhaltung des streitigen Weges insgesammt für verpflichtet gehalten und aus dem Anerkenntniß des Scheuelberghofes als eines Bestandtheils der neugebildeten Gemeindemarkung dürfe nach dem in Ziff. 3 und 5 Bemerkten nicht schon auf Uebernahme der betreffenden Wegelast auf die Gemeinde, auf die Einwilligung der letzteren dazu, die ihr für ihre anderweiten Lasten zu Theil gewordene Ausstattung auch für jene Wege zu verwenden, deren Erhaltung die Hofbesitzer vertragsmäßig von dem

Rechtsvorgänger der Gemeinde übernommen, die daher gar nicht Gegenstand irgend einer Verhandlung gewesen — geschlossen werden.

Endlich berufe sich Kläger mit Unrecht darauf, daß er als Mitinhaber des Hofs Scheuelberg die dortigen Wege selbst zu unterhalten und gleichzeitig an der Unterhaltung der übrigen Wege auf der Gemeindemarkung mitzubezahlen habe, da die Gemeinde für die letzteren mit entsprechenden Einkünften ausgestattet worden, die Steuerpflichtigen daher nicht hiefür in Anspruch nehmen werde.

In Betracht all' dessen sei unter Abänderung des Erkenntnisses des Königl. Ministerium des Innern vom 12. Oktober 1869 dasjenige der Königl. Kreisregierung vom 20. Oktober 1868 wiederherzustellen, demgemäß Karl K. vom Scheuelbergerhof mit seinem gegen die Gemeinde Maulbronn erhobenen Anspruch auf Herstellung des von der Freudensteiner Straße zum genannten Hof sich hinziehenden öffentlichen Wegs abzuweisen, übrigens im Kostenpunkt die von dem Königl. Ministerium des Innern erkannte Kompensation zu bestätigen und das Gleiche hinsichtlich der in dieser Instanz erwachsenen Kosten, insbesondere der mit dem gesetzlichen Zuschlag auf 22 fl. festgesetzten Sportel für gegenwärtiges Erkenntniß zu verfügen.

9) Thatsächliche Merkmale der Eigenschaft eines Wegs als Nachbarschaftswegs.

Durch Beschluß vom 25. August 1865 hat der Königl. Geheimerath eine Beschwerde des freiherrlich v. S.'schen Rentamts gegen das Erkenntniß des Königl. Ministerium des Innern vom 11. April 1865, durch welches die gegen drei Gemeinden erhobene Klage auf Unterhaltung eines angeblichen Vicinalweges zwischen Großschaffhausen und Hörnhausen abgewiesen worden war, als unbegründet verworfen, da 1) die Eigenschaft eines öffentlichen Nachbarschaftsweges zunächst auf der Thatsache der Benützung eines Wegs zum allgemeinen Verkehr zwischen mehreren Orten

beruhe, somit der Anspruch auf Anerkennung und Herstellung desselben als eines Nachbarschaftswegs durch den Beweis des Vorhandenseins dieser Thatsache zur Zeit der Geltendmachung jenes Anspruchs oder doch eine Versäumniß in der Unterhaltung bedingt, dieser Beweis aber — — nicht als erbracht anzusehen sei; 2) da ferner, wenn auch bis in die neuere Zeit der streitige Weg mitunter zum Verkehr benützt worden sei, hierauf der fragliche Anspruch umsoweniger gegründet werden könne, als von den zunächst betheiligten Gemeinden, sowie von den Wegpolizeibehörden die weiter vorhandenen und in regelmäßiger Unterhaltung stehenden Wege, auf welchen sich nach den Einräumungen des Beschwerdeführers der hauptsächliche Theil des Verkehrs seit vielen Jahren bewegt habe, ohne sich durch die größere Distanz zwischen den betreffenden Orten beschwert zu finden, für das Bedürfniß des Verkehrs überhaupt für ausreichend erklärt seien, 3) da endlich ein dem Anspruch zur Seite stehendes Anerkenntniß der Gemeinde Gr. — — nicht vorliege.

10) Klage auf Anerkennung eines Wegs als öffentlichen Nachbarschaftswegs gegen den Markungsinhaber. Bedeutung der Einträge in dem Primärkataster und der Flurkarte; Merkmale der Eigenschaft eines Vicinalwegs, thatsächliche Benützung, Absperrung, äußere Beschaffenheit des Wegs.

Zu der dem Müller G. B. gehörigen Fasanenmühle bei Hohebuch, OA. Oehringen, führen zwei Wege, deren einer unmittelbar beim Hofraum des Guts Hohebuch von der nach Waldenburg führenden Straße abzweigt und an dem jetzt abgebrochenen Fasanenhof zur Fasanenmühle führt, während der andere die Waldenburger Straße in der Nähe des sog. Fischhauses verläßt und an dem sog. Fasanensee vorüber zur Mühle führt. Der letztere Weg, welcher seit Erbauung der Eisenbahn von dieser durchschnitten wird

und in Folge hievon tiefer gelegt wurde, ist als öffentlicher Verbindungsweg anerkannt, der erste Weg bildete den Gegenstand des Streits. Derselbe ist in dem Primärkataster, sowie in dem Ergänzungsbande zum Primärkataster als Vicinalweg Nr. 2 nach dem Fasanenhof und als Besitzer desselben Dr. M. in N., der Besitzer von Hohebuch und des Fasanenhofs bezeichnet. Gegen diesen als Markungsinhaber erhob der Müller G. B. Klage auf Anerkennung des Wegs als öffentlichen Verbindungswegs, nachdem die Gesammtgemeinde W. die Vertretung dieses Anspruchs im administrativgerichtlichen Verfahren unter Anderem unter Berufung darauf abgelehnt hatte, daß die Richtigkeit der Bezeichnung des Wegs als Vicinalwegs mindestens zweifelhaft und die Gesammtgemeinde bei der Sache nicht betheiligt sei. Nach umfassenden Beweisaufnahmen über den Zustand und die thatsächliche Benützung des Wegs in den zwei ersten Instanzen wurde die Klage in Uebereinstimmung mit den vorinstanzlichen Entscheidungen von dem Ministerium des Innern am 5. Februar 1865 abgewiesen und diese Entscheidung mit folgendem begründet: Man könne davon absehen, ob der Kläger B., nachdem der Gemeinderath in W. die Eigenschaft des Wegs als öffentlichen in Zweifel gezogen und eben deßhalb die angesonnene Erhebung einer Klage abgelehnt habe, für sich allein zur Anstellung einer solchen befugt sei, da die Klage sich jedenfalls materiell als unbegründet darstelle. Durch die Aussagen der Zeugen sei zwar erwiesen, daß der fragliche Weg seit ungefähr 40 Jahren sowohl von dem Müller selbst als von einzelnen Kunden desselben benützt worden sei. Es stimme jedoch die Aussage aller Zeugen, welche über die Beschaffenheit des Wegs in früherer Zeit Auskunft zu geben wissen, darin überein, daß derselbe bis zu seiner gegen Ende der dreißiger oder Anfang der vierziger Jahre und zwar unzweifelhaft lediglich im Interesse des Hofguts Hohebuch selbst durch den Hofgutsverwalter bewerkstelligten Verbesserung, beziehungsweise Herstellung in

einem Zustande gewesen sei, welcher seine Benützung mit Fuhrwerken nur zeitweise, bei trockener Witterung gestattet habe, daß überhaupt von der Markungsgrenze an eine eigentliche Weganlage gar nicht vorhanden gewesen, sondern nur über den Grasboden, wie solcher von Natur beschaffen, gefahren worden sei, während man im Uebrigen den andern Weg benützt habe. Ferner sei als erwiesen anzunehmen, daß, wenn auch nicht ununterbrochen, eine sog. Wehre zum Absperren angebracht gewesen sei, durch welche wenigstens zeitweise die Hofgutsbesitzer den Weg für Auswärtige verschlossen haben, ohne daß gegen diese mit der Eigenschaft eines öffentlichen Nachbarschaftswegs nicht wohl verträgliche Anordnung von irgend einer Seite Einsprache erhoben worden wäre. Wenn gleichwohl der Weg im Primärkataster und in der Flurkarte als Vicinalweg nach dem Fasanenhof eingetragen sei, so könne hierauf in Ermanglung eines speziellen Anerkenntnisses dieses Eintrags durch den Eigenthümer des Hofguts Hohebuch, welcher übrigens auch als Besitzer des Wegs im Primärkataster bezeichnet sei und in Ermanglung einer jenem Eintrag vorangegangenen näheren Verhandlung und Untersuchung der Natur des Wegs eine Schlußfolgerung auf die Eigenschaft desselben als eines öffentlichen nicht gebaut werden. Das Gleiche gelte von der von dem Kläger für sich angeführten früheren Versteinung des Wegs, welche überdieß nach der Flurkarte nur auf einem Theil desselben vorhanden gewesen sei. (Die weiteren Gründe bieten kein allgemeines Interesse.)

Der von dem Kläger erhobene Rekurs an den Kgl. Geheimerath wegen der von dem Kgl. Ministerium des Innern beschlossenen Kostenzuscheidung hatte die Vergleichung der Kosten durch abändernden Beschluß des Geheimenraths vom 4. Mai 1865 zur Folge, welcher vorzüglich auf die Thatsache gestützt war, daß dem Kläger der Inhalt der öffentlichen Urkunden und die thatsächliche Benützung des Wegs zur Seite gestanden und daher sein Gesuch um eine weitere und nähere Prüfung der für seinen Anspruch geltend

gemachten Beweisgründe als gerechtfertigt anzusehen gewesen sei.

11) Klage auf Anerkennung eines Nachbarschaftswegs. Merkmale und Beweismittel der Eigenschaft eines solchen.

Zwischen den Orten Feckenhausen und Gölsdorf zieht sich in einem engen Thale ein Weg hin, welcher in dem Primärkataster von Gölsdorf als Vicinalweg Nr. 6 nach Feckenhausen, in dem Primärkataster von Feckenhausen als unbeständiger Feld- und Güterweg bezeichnet ist. Als Vicinalweg nach Gölsdorf bezeichnet dieses Kataster den vom Schönberger Weg sich abzweigenden, über den Jungbrunnen führenden Weg, welchen die Besitzer dieses Guts, soweit seine Güter gehen, zu unterhalten haben. Dieser Weg ist um 5/8 Stunden länger, als der erstere, welcher sich zur Zeit der Klageanstellung in durchaus schlechtem, zum Theil wegen der bedeutenden Steigungen kaum passirbarem Zustand befand. Seit dem Jahr 1860 betrieb die Gemeinde Feckenhausen dessen Herstellung. Zuerst im polizeilichen Weg verhandelt wurde die Sache von dem Ministerium des Innern auf den Verwaltungsrechtsweg verwiesen, worauf die Gemeinde Feckenhausen im November 1862 bei dem Oberamt Rottweil Klage dahin erhob, daß die Gemeinde Gölsdorf den Weg als einen Nachbarschaftsweg anzuerkennen und alle Kosten des Streits allein zu tragen habe. Das Oberamt erkannte am 20. Mai 1863 nach Einvernahme von fünf zum Beweis der thatsächlichen Benützung des Wegs als Nachbarschaftswegs benannten Zeugen in Gemäßheit der Klagbitte. Am 11. Febr. 1865 erfolgte das abändernde Erkenntniß der Kreisregierung und am 9. Okt. 1866 das die erhobene Beschwerde abweisende Erkenntniß des Königl. Ministerium des Innern. Durch Beschluß vom 31. Januar 1867 wurde auch von dem Königl. Geheimerath die Beschwerde der Gemeinde Feckenhausen gegen die Entscheidung des Ministerium des

Innern, wodurch der Anspruch auf Anerkennung des fraglichen Wegs als eines Nachbarschaftswegs zurückgewiesen worden, unter Zuscheidung der Sportel von 15 fl. an die rekurrirende Gemeinde als unbegründet abgewiesen, in Betracht, daß 1) die Berufung der Gemeinde Feckenhausen auf die Primärkataster und Flurkarten schon deßhalb nicht als beweisend erscheine, weil der bestrittene Weg in ihrem eigenen Primärkataster nicht nur als unbeständiger Weg, sondern als unbeständiger und zu den Privatgrundstücken der Gemeinde gehöriger Feldweg, dagegen als Vicinalweg von Feckenhausen nach Gölsdorf der über Jungbrunnen führende Weg bezeichnet sei; 2) daß auch der Inhalt der Bohnenberger'schen Karte als einer bloßen Privatarbeit, welche nach den eigenen Angaben der Rekurrentin als unvollständig sich darstelle, nicht in Betracht kommen könne; 3) daß vielmehr der über Jungbrunnen führende Weg nach Gölsdorf als ordentlicher Verbindungsweg nicht nur für die rückwärts gelegenen Orte, sondern auch, der indirekten Richtung ungeachtet, für Feckenhausen selbst anzusehen sei, nachdem die vernommenen Zeugen die regelmäßige Benützung dieses Wegs zum Verkehr mit Fuhrwerken dargethan haben, nachdem ferner die Gemeinde Feckenhausen ihrer eigenen Angabe zu Folge, die Straße dorthin vor etwa 50 Jahren (zu welcher Zeit auch die Gemeinde Gölsdorf den fraglichen Weg verbessert habe) angelegt und nach dem Protokolle vom 16/17. April 1846 erst zu dieser Zeit mit Rücksicht auf den Umweg über Jungbrunnen die fahrbare Herstellung des Thalwegs, die Anlegung einer Straße dahin und zwar ohne Erfolg beantragt habe; 4) daß, wenn der Weg durch das Feckenhauser Thal gleichwohl noch theils zum Viehbetrieb theils zu einzelnen Fuhren in der Richtung nach Rottweil oder bei Mühlfuhren thalaufwärts benützt worden sei, dieß demselben die Eigenschaft eines öffentlichen Nachbarschaftswegs um so weniger beilege, als diese Benützung des Wegs überhaupt nur bei trockener Witterung und was die Fuhren betreffe, in der

Hauptsache nicht bis in die letzten Jahrzehnte stattgefunden habe, der geringe und vereinzelte Aufwand auf die Unterhaltung des Wegs aber schon aus seiner Benützung als Feld-, Holz- und Steinabfuhrweg sich erkläre.

12) Klage auf Anerkennung eines Nachbarschaftswegs. Der Titel der unvordenklichen Verjährung oder des Herkommens setzt den Beweis der Absicht, ein Recht auszuüben, voraus.

Erkenntniß des Ministerium des Innern vom 1. November 1864.

In der Streitsache zwischen den Gemeinden Frickenhausen, Neudern und Genossen und der Stadtgemeinde Nürtingen wegen Herstellung eines öffentlichen Verbindungswegs zwischen Frickenhausen und Neudern wird in Erwägung

1) daß nach dem Augenscheinserfund vom 23. September 1840 und dem hierauf gebauten technischen Gutachten ein die Verbindung zwischen Frickenhausen und Neudern vermittelnder Weg auf Nürtinger Markung von der Tiefenbachthalstraße aus über die Börlenbergegart bis zur Markung Neudern bisher nicht bestanden hat, wie denn auch nach dem eigenen Anerkenntnisse der klagenden Gemeinden ein planmäßig angelegter besonders ausgeschiedener oder versteinter Weg über die Börlenbergegart nicht vorhanden war; daß vielmehr erhobenermaßen von dem einen Ende dieser bis zum Jahr 1849 unkultivirten Allmandfläche zum andern in ganz beliebiger Richtung über den Wasenboden gefahren wurde, während die übrigen von Frickenhausen beziehungsweise Neudern aus gegen die Börlenbergegart hinziehenden Wege nach ihrer ganzen Anlage nur Feld-, Güter- und Holzabfuhrwege waren und offenbar nicht die Bestimmung hatten, den Nachbarschaftsverkehr zwischen den beiden genannten Orten zu vermitteln;

2) Daß die bloße Thatsache der wenn auch noch so lange Zeit hindurch fortdauernden gelegentlichen Benützung

der Möglichkeit, in der angegebenen Weise von Fricken-hausen nach Neudern und umgekehrt zu Fuße, mit Vieh oder auch mit leichten Fuhrwerken zu gelangen, für sich allein in Anbetracht der Beschaffenheit des einzuschlagenden Weges und bei dem Umstande, daß die Stadtgemeinde Nürtingen einen solchen Verkehr in so lange, als die Börlenbergegart öde lag, zu verhindern keinen Grund hatte, ein Recht auf die Benützung und demzufolge auf ordnungs-mäßige Herstellung und Unterhaltung des fraglichen Wegs als eines öffentlichen Verbindungsweges für die klagenden Gemeinden oder deren Angehörige nicht zu begründen vermochte, sonstige Umstände aber, aus welchen auf die Existenz einer solchen Berechtigung geschlossen werden könnte, überall nicht vorliegen; insbesondere auch aus den klägerischerseits in Bezug genommenen Einträgen im Nürtinger Stadtlager-buch von 1568 und im Frickenhauser Wegbuch von 1761 in Ermanglung näherer Anhaltspunkte für die Identität der dort erwähnten Straße gegen Kirchheim mit dem den Gegenstand des gegenwärtigen Streits bildenden Wege Nichts zu Gunsten der klagenden Partei entnommen werden kann, während andrerseits gegen die Unterstellung einer auf klägerischer Seite vorhandenen Ueberzeugung von dem Bestehen eines Rechts auf die Benützung des in Frage stehenden Wegs auch noch der Umstand spricht, daß sich die klagenden Gemeinden bei der durch den Umbruch der Börlenbergegart herbeigeführten Einstellung des Verkehrs über diese Fläche eine Reihe von Jahren hindurch voll-ständig beruhigt haben;

3) in Erwägung sodann, daß von einem öffentlichen Bedürfnisse zur Herstellung eines bisher rechtlich nicht be-standenen Nachbarschaftswegs zwischen Neudern und Fricken-hausen in der von den Klägern bezeichneten Richtung keine Rede sein kann, da eine beide Orte miteinander verbindende, wenn auch etwas weitere Vicinalstraße bereits vorhanden ist;

4) in Erwägung endlich, was den Kostenpunkt betrifft, daß die klägerische Partei, wenn gleich in der Hauptsache

unterliegend, doch bei dem ihr zur Seite stehenden faktischen Zustand, wie solcher erwiesenermaßen lange Zeit hindurch bestanden hatte und durch provisorische Verfügungen zu wiederholten Malen aufrecht erhalten worden war, immerhin billige Ursachen zum Rechten hatte;

aus diesen Gründen wird, unter Bestätigung der Regierungsentscheidung vom 12. Juni v. J. in der Hauptsache und unter Abänderung derselben im Kostenpunkte erkannt: es seien die klagenden Gemeinden mit ihrem Anspruch auf Herstellung und Unterhaltung eines von Frickenhausen nach Neubern führenden Nachbarschaftswegs durch den Stadtwald Mochenhalde über die Börlenbergländer bis zur Markung Neubern abzuweisen, übrigens habe jede Partei die in sämmtlichen Instanzen von ihr aufgewendeten Kosten ohne Ersatz auf sich zu leiden und an den Sporteln, welch' letztere für die gegenwärtige Instanz auf 12 fl. festgesetzt werden, die Hälfte zu bezahlen.

Diese Ministerialentscheidung wurde durch Entscheidung des Königl. Geheimenraths vom 18. April 1865 unter Hinweisung auf die Gründe des Ministerium des Innern bestätigt.

13) Klage auf Anerkennung eines öffentlichen Verbindungswegs. Der Titel des unvordenklichen Herkommens setzt den Beweis voraus, daß ein Weg von jeher in der Absicht, ein Recht auszuüben, benützt worden ist.

Erkenntniß des Königl. Ministerium des Innern vom 19. Mai 1870.

In der Rekurssache zwischen der Gemeinde Trochtelfingen, Beklagte, Rekurrentin, und dem Müller Georg Sch. von der Holzmühle, Kläger, Rekursen, die Benützung eines Wegs auf Trochtelfinger Markung als öffentlichen Verbindungswegs betreffend, wird in Erwägung

1) daß zwar durch die Aussagen der vernommenen Zeugen, welche bis auf das Jahr 1811 zurückgehen und bis auf das Jahr 1863 herab sich erstrecken, also einen

Zeitraum von ungefähr 50 Jahren umfassen, der Beweis als erbracht angenommen werden kann, daß innerhalb dieses Zeitraums die Benützung des in Frage stehenden Wegs, und zwar bis zum Jahr 1818 in allgemeinerer Weise, von da an wenigstens für die Zwecke der Holzmühle auch zu andern als landwirthschaftlichen Fuhren stattgefunden hat, daß derselbe insbesondere von der Holzmühle aus zu Fuhren auf die Schranne nach Nördlingen u. s. w. nicht selten benützt wurde; daß jedoch

2) der Beweis eines unvordenklichen Herkommens in diesen Zeugenaussagen schon aus dem Grund nicht gefunden werden kann, weil dieselben durchweg nur auf eigene Wahrnehmungen aus einer bestimmten, bei einzelnen Zeugen überdieß kurz bemessenen Zeit sich beziehen, und dafür, daß der Zustand von jeher so gewesen, kein Zeugniß vorliegt; daß es aber abgesehen hievon

3) an dem Nachweis dafür fehlt, daß die Benützung des Wegs in der auf Ausübung eines Rechts gerichteten Absicht, d. h. in dem vorliegenden Falle in der Meinung erfolgte, daß es sich hiebei um einen dem allgemeinen Gebrauch dienenden öffentlichen Verkehrsweg handle, indem vielmehr hiegegen nicht blos der Umstand spricht, daß der Weg, soweit er durch das Privateigenthum des Holzmüllers führt, und welche Strecke einen zur Herstellung einer Verbindung nothwendigen Theil des ganzen Wegs bildet, durch einseitige Veranstaltung des Eigenthümers, und ohne daß er hiegegen von irgend einer Seite eine Einsprache erfuhr, verlegt wurde, sondern gegen die Annahme der Eigenschaft eines Verbindungswegs namentlich der Umstand schwer in die Wagschale fällt, daß, was von dem Besitzvorgänger des Klägers, Konrad B., der etwa 30 Jahre im Besitz des Anwesens war, selbst bezeugt ist, dieser den Leuten, die nicht zu seiner Mühle fuhren, und mit denen er nichts zu schaffen hatte, das Befahren des Wegs, soweit er über seinen Grund und Boden führte, untersagte, ein Vorgehen, wodurch derselbe unzwei=

deutig kundgab, daß er den Weg nicht für einen dem allgemeinen Gebrauch offenstehenden Verkehrsweg halte, woraus weiter folgt, daß auch die Benützung des Wegs von seiner Seite nicht in der Meinung geschehen konnte, daß demselben die Eigenschaft eines berechtigten Vicinalwegs zukomme; daß indessen

4) gegen die Annahme dieser Eigenschaft auf die Beschaffenheit des Wegs, dessen Unterhaltung bis in die neueste Zeit von keiner Seite in Anspruch genommen wurde, sowie der Umstand spricht, daß der in der Landesvermessungskarte als Feldweg Nr. 8 eingezeichnete Weg auf der Markung Trochtelfingen aufhört, und eine Fortsetzung über das Areal der Holzmühle sich nicht eingezeichnet findet;

aus diesen Gründen wird, unter Abänderung der Entscheidung der Königl. Kreisregierung vom 19. Januar d. J. das oberamtliche Erkenntniß vom 11. Mai v. J., wodurch der Anspruch des Klägers auf Benützung des im Streit befangenen, im Regierungserkenntniß näher bezeichneten Wegs als eines öffentlichen Verbindungswegs abgewiesen wurde, wiederhergestellt. Im Kostenpunkt hat es bei der Entscheidung der Königl. Kreisregierung sein Verbleiben und hat auch in dieser Instanz jede Partei die von ihr aufgewendeten Kosten auf sich zu leiden und an der Sportel im Betrag von 6 fl. 36 kr. die Hälfte zu entrichten.

Diese Entscheidung wurde durch Erkenntniß des Königl. Geheimeraths vom 20. Februar 1871 unter Hinweisung auf die Gründe des Ministerium des Innern bestätigt.

14) **Klage auf Anerkennung eines öffentlichen Verbindungsweges. Beweislast des Klägers. Einrede der gewaltsamen (heimlichen) und vergünstigungsweisen Benützung des Weges. Absperrung desselben durch Wehren. Die Beschränkung der Benützung auf einzelne Höfe**

spricht gegen die Eigenschaft eines öffentlichen Weges.[1]

Entscheidung des Ministerium des Innern vom 21. Juni 1871.

In der Rekurssache des Stiftungsrathes zu Gmünd gegen J. Kl. und Genossen von Ziegerhof, Gemeindebezirks Groß-Deinbach, Oberamts Welzheim, Wegstreit betreffend, wird der Kreisregierung unter Rückanschluß der Akten Nachstehendes zu erkennen gegeben:

Daß die Besitzer des Ziegerhofes das bestrittene Bestehen des von ihnen in Anspruch genommenen öffentlichen Verbindungsweges zwischen Ziegerhof und Lorch resp. Gmünd zu beweisen haben, unterliegt keinem Zweifel. Dieser Beweis kann aber aus folgenden Gründen nicht als erbracht angesehen werden:

1) Was zunächst den Vertrag vom 13. Oktober 1790 betrifft, durch welchen den Besitzern der Schönbronner Höfe das Recht der Durchfahrt durch den Catharinenwald und das Mönchholz auf die Landstraße von den Eigenthümern der genannten Waldungen im Vergleichswege gegen Uebernahme von $^{2}/_{3}$ der Kosten der Herstellung des Weges in einen guten und fahrbaren Stand und der beständigen Unterhaltung desselben eingeräumt, zugleich aber festgesetzt worden ist, daß dieser Weg oben und unten mit einer stets verschlossen zu haltenden Wehre versehen und sonsten Niemanden diese Fahrt gestattet werden solle, so kann darüber kein Zweifel bestehen, daß hiedurch dem fraglichen Wege die Eigenschaft eines öffentlichen Verbindungsweges nicht verliehen werden wollte und nicht verliehen worden ist. Der ganze Inhalt des Vertrags, die Einräumung des Ueberfahrtsrechtes einzig an die Besitzer der Schönbronner Höfe und zwar gegen Uebernahme der Verbindlichkeit zur Theilnahme an den Kosten der Herstellung und der künftigen Unterhaltung des Weges, die ausdrück-

[1] Vergl. übrigens unten Nr. 19.

lich ausgesprochene Ausschließung jedes Andern vom Gebrauche desselben und die behufs Erreichung dieses Zweckes getroffene Verabredung seines Abschlusses auf beiden Seiten mittelst Schranken beweist entschieden das Gegentheil, nämlich die ganz bestimmte Absicht der Contrahenten und insbesondere der Eigenthümer der Waldungen, welche der nach seiner ganzen äußeren Erscheinung und sonstigen Beschaffenheit nur als ein Holzabfuhrweg sich darstellende, auch von dem übrigen Eigenthum der Waldbesitzer nicht abgegrenzte Weg durchzieht, die Benützung desselben auf einige wenige Berechtigte zu beschränken und gegen jede Ausdehnung dieser Benützung auf einen weiteren Kreis, namentlich also gegen die Behandlung des Weges als eines öffentlichen, d. h. Jedermanns Gebrauch offenstehenden, sich ein für alle Male im Voraus sicher zu stellen.

In wie weit dieses vertragsmäßig festgestellte Rechtsverhältniß durch die spätere Einverleibung der vormaligen Reichsstadt Gmünd in das Königreich Württemberg und die Einführung des Württ. Rechtes in dem reichsstädtischen Gebiete ohne Weiteres in seinen wesentlichen Bestimmungen aufgehoben worden sein sollte, ist nicht einzusehen und vermag man daher die Ansicht der Königl. Kreisregierung, daß wenigstens von diesem Zeitpunkte an die Benützung des Weges von selbst Jedermann gestattet und seine Abschließung mit Wehren nicht mehr zulässig gewesen sei, nicht zu theilen.

2) Von selbst versteht es sich, daß der angeführte Vertrag den Rechten Dritter, bei seinem Abschlusse nicht betheiligter Personen nicht präjudiciren, daß folglich durch denselben weder eine den Ziegerhofbesitzern schon damals erworbene Weggerechtigkeit entzogen, noch die Erwerbung einer solchen für die Folgezeit ausgeschlossen werden konnte. Allein dafür, daß etwa schon im Jahr 1790 ein öffentlicher Verbindungsweg zwischen Reitprechts, Ziegerhof und Schönbronn einer- und Gmünd beziehungsweise Lorch anderer-

seits durch den Catharinenwald und das Mönchholz bestanden hätte, fehlt es an jeglichem Nachweis und auch der Beweis, daß inzwischen eine solche öffentliche Wegdienstbarkeit vermöge erwerbender Verjährung ihre Entstehung erhalten habe, kann nicht als erbracht angesehen werden.

Die Vertrags-Urkunde vom 13. October 1790 — das älteste auf den fraglichen Weg sich beziehende Dokument — erwähnt zwar eines schon damals bestehenden Fahrweges von den Schönbronner Höfen durch das Catharinenholz und Mönchholz über den Spänwasen und die Rems zur chaussirten Landstraße nach der Stadt mit dem Bemerken, daß solchen die Besitzer der Schönbronner Höfe als den gewöhnlichen und berechtigten auf Grund vieljährigen Besitzstandes für sich in Anspruch nehmen. Abgesehen jedoch davon, daß über die Dauer und Rechtmäßigkeit dieses Besitzstandes die Urkunde keinen näheren Aufschluß giebt, so spricht dieselbe von einem vieljährigen Besitzstande überhaupt nur in Beziehung auf die Besitzer der Schönbronner Höfe, während daneben von einem andern, meistentheils gebrauchten Wege, dessen sich „die Lenglinger und Andere" bedienen, die Rede ist. Für die Benützung des im Streit liegenden Weges durch die Ziegerhofbesitzer schon vor dem Jahre 1790 kann daher aus dieser Urkunde selbst lediglich kein Beweis entnommen werden. Die aus alten Lagerbüchern, in welchen der Ziegerhof „Schönbronn oder Ziegerhof" genannt ist, abgeleitete Vermuthung, daß unter den in der Urkunde von 1790 genannten Schönbronner Höfen auch der Ziegerhof mitbegriffen sei, wird abgesehen davon, daß diese Bezeichnung des damals schon in anderen Händen, als die Schönbronner Höfe befindlichen und eine eigene Markung bildenden Ziegerhofs gegen Ende des vorigen Jahrhunderts nicht mehr gebräuchlich gewesen zu sein scheint, jedenfalls dadurch widerlegt, daß an einer anderen Stelle der Urkunde von den beiden Schönbronner Bauern als den jeweiligen Besitzern der Schönbronner Höfe die Rede ist, worunter unzweifelhaft

nur die Gmünd'schen Schönbronner Bauern zu verstehen sind; wie dann auch die Ziegerhofbauern ihre resp. ihrer Besitzvorfahren Betheiligung an dem den Hauptinhalt der Urkunde von 1790 bildenden Vertrag zwischen den Besitzern der Schönbronner Höfe und den Eigenthümern des Catharinenwaldes und des Mönchholzes entschieden in Abrede ziehen.

Was sodann die Zeit seit dem Jahre 1790 betrifft, so haben zwar die 3 klägerischer Seits producirten Zeugen Leonhard Sch., Joh. Sch. und Joh. L. von Reitprechts — und zwar der erste für die Zeit bis in die letzten Jahre des vorigen Jahrhunderts, der zweite (mit einigen Unterbrechungen) bis zum Jahre 1816 rückwärts und der dritte ungefähr für den gleichen Zeitraum — angegeben, daß man den Weg in Frage im Glauben, dazu berechtigt zu sein, stets gefahren sei, um von Reitprechts und Ziegerhof nach Lorch zu gelangen; es haben ferner die Gemeinderäthe von Rechberg und von Weißgoldingen bezeugt, daß von dortigen Einwohnern und angrenzenden Hofbesitzern der fragliche Weg zum Besuche der Viehmärkte in Lorch, Altdorf 2c. stets benützt worden sei. Auf der anderen Seite ist jedoch als erwiesen anzunehmen, daß an dem Wege wenigstens zeitweise zum Zeichen des Verbotes seiner Benützung Schranken angebracht waren. Spricht schon an sich alle Wahrscheinlichkeit dafür, daß die Absperrung des Weges für dritte durch sogenannte Wehren, welcher in dem Vertrage vom 13. Oktober 1790 so viel Gewicht beigelegt wurde, in der Folge auch wirklich stattgefunden habe, so ergiebt sich dieß auch aus den Aussagen der obengenannten Zeugen, von welchen Johs. Sch. wenigstens davon gehört hat, daß früher einmal Wehren am Weg angebracht gewesen seien, während der Zeuge Leonhard Sch. äußert, es seien allerdings auch Wehren angebracht gewesen, zum Zeichen, daß der Weg verboten sei, und seine eigenen Wahrnehmungen hierüber dahin angiebt, daß am Mönchholz eine (übrigens seines Wissens

nur einmal verschlossen gewesene) und gewiß schon 40 Jahre entfernte Wehre vorhanden, ferner oben an der Schönbronner Markung gleichfalls eine solche vor 30 und mehr Jahren angebracht gewesen sei, der Zeuge Joseph L. endlich anführt, daß der Weg zu seiner Zeit — er glaube in den 1830er Jahren — durch Wehren abgesperrt worden sei, daß man sich dieß aber nicht gefallen lassen, sondern die Wehren heraus gerissen habe.

Weiterhin ergiebt sich aus einigen von dem Stiftungsrath Gmünd übergebenen Aktenstücken aus den Jahren 1834, 1835 und 1839 und aus den Akten des Königl. Oberamts Welzheim, sowie des Königl. Forstamts Lorch von 1835/36, daß im Jahre 1834 am Ausgange des Waldes Wehren angebracht waren und im Jahre 1835 zwei neue Wehren oben und unten am Wald angebracht wurden; daß, als im November 1835 die Ziegerhofbauern, welchen auf den Antrag der Kirchen- und Schulpflege Gmünd das Verbot des Weges von Neuem eröffnet wurde, gegen diese Abschließung des Weges unter Androhung eigenmächtiger Aufreißung der Wehren protestirten, das Forstamt Lorch ihre Protestation als unberechtigt zurückwies und daß schließlich denselben auf Verwendung des Kameralamts Lorch vom Forstamt aus einstweilen die Erlaubniß, den Weg passiren zu dürfen, ertheilt wurde, wobei sie sich damals beruhigten; daß endlich am 20. Januar 1839 auf Antrag der Kirchen- und Schulpflege Gmünd den beiden Schönbronner Bauern wiederholt eingeschärft wurde, daß sie die Wehren auf dem Waldweg zu ihrem Hofe vorschriftsmäßig geschlossen zu halten haben.

Wenn unter diesen Umständen die Ziegerhofbauern den Weg in Frage gleichwohl zu ihrem Verkehr mit Lorch und Gmünd benützt haben, so kann nur angenommen werden, daß dieß theils gegen das ausdrücklich und thatsächlich (durch die Anbringung von Schranken) ausgesprochene Verbot (vi), theils mit besonderer Erlaubniß der Eigenthümer des Weges (precario) geschehen sei und

steht ihnen somit ein zur Erwerbung der Wegdienstbarkeit durch Verjährung geeigenschafteter fehlerfreier Besitz nicht zur Seite.

3) Bei den angeführten thatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen kann endlich auch der Bezeichnung des Weges als Vicinalweg in den Primärkatastern von Gmünd und Straßdorf und in der Flurkarte, sowie dem Umstande, daß die Grundfläche desselben, soweit er durch den Staatswald Mönchholz geht, steuerfrei gelassen worden ist, ein erhebliches Gewicht zu Gunsten des klägerischen Anspruchs nicht beigelegt werden, zumal diese Thatsachen schon darin, daß der Weg für die Besitzer der Schönbronner Höfe vertragsmäßig als Verbindungsweg mit Gmünd und Lorch beständig offen gehalten werden muß, einen genügenden Erklärungsgrund finden; während der Eintrag in der Wegbeschreibung des Reviers Gmünd schon seinem Wortlaute nach nichts für den Anspruch der Ziegerhofbauern beweisen kann, indem hier der Bezeichnung des „Schönbronner Weges" als eines nicht chaussirten (Vicinal-) Weges ausdrücklich die Bemerkung beigefügt ist, daß derselbe von den Schönbronner Bauern und dem Spital mitbenützt werde.

In vorstehenden Erwägungen will man die Regierungsentscheidung vom 28. Februar v. J., durch welche der in Rede stehenden Wegstrecke von der Schönbronner Markungsgrenze an, durch den großen Catharinenwald und das Mönchholz über die Rems bis zu der Staatsstraße, von Lorch nach Gmünd die Eigenschaft eines öffentlichen Nachbarschaftsweges zuerkannt und der Stiftungsrath Gmünd für nicht berechtigt erklärt worden ist, diesen Weg abzusperren, hiemit, unter Vergleichung übrigens der von den Parteien in sämmtlichen Instanzen aufgewendeten Kosten und der für die gegenwärtige Instanz auf 12 fl. 6 kr. festgesetzten Sportel, abgeändert und die Besitzer des Ziegerhofes mit ihrem Anspruche auf die Benützung des bezeichneten Weges als eines öffentlichen abgewiesen haben.

Durch Erkenntniß des Königl. Geheimenrathes vom 16. November 1871 wurde diese Entscheidung des Königl. Ministerium des Innern unter Hinweisung auf die derselben beigefügten Gründe mit dem Anfügen bestätigt, daß hiernach dahin gestellt bleiben könne, ob die Kläger, Rekurrenten die rechten Beklagten belangt haben, insbesondere, ob die Klage statt gegen den Stiftungsrath in Gmünd, nicht vielmehr gegen den dortigen Gemeinderath hätte gerichtet werden sollen.

15) Beweiskraft des Güterbuches und Güterbuchsprotokolles hinsichtlich der öffentlichen Eigenschaft eines Weges. Die thatsächliche Benützung des von einem Hofgutsbesitzer unterhaltenen Weges durch Dritte beweist nichts für dessen öffentliche Eigenschaft, wenn die Benützung nicht in der Meinung einer Berechtigung, sondern vergünstigungsweise stattgefunden hat. Die Behauptung einer opinione juris stattgehabten Benützung durch bestimmte einzelne Personen giebt nur einen privatrechtlichen Anspruch.

J. Dr. von Bellamont erhob bei dem Oberamt B. gegen den F. H. von dort eine negatorische Klage. Er bat zu erkennen, daß dem Beklagten ein Recht nicht zustehe, den auf der Markungskarte I. mit n—m bezeichneten Weg in der Eigenschaft als öffentlichen Weg zu benützen. Der Beklagte hatte sich für die öffentliche Eigenschaft des durch das Hofgut des Klägers sich hinziehenden von dem Kläger zu unterhaltenden Weges auf ein Urbarium von 1732, auf das Journal über die Vermessung der Güter aus Anlaß der Vereinödung in Bellamont vom Jahre 1792 und auf einen Eintrag in einer alten Flurkarte in Bellamont berufen, in welchen dieser Weg erwähnt sei. Er konnte jedoch, wie in den ein allgemeines Interesse in diesem Theile nicht bietenden Gründen des Königl. Ministerium des

Innern und des Königl. Geheimenrathes ausgeführt ist, die Identität des in diesen Urkunden erwähnten Weges mit dem im Streit begriffenen Weg nicht nachweisen. Außerdem hatte der Beklagte für seine Behauptung der öffentlichen Eigenschaft des Weges einen Eintrag in dem Güterbuch und die thatsächlich durch Zeugen zu erweisende Benützung des Weges angeführt. Hierüber enthalten die Gründe der Ministerialentscheidung vom 9. November 1869 folgende Ausführung: Es komme in Betracht, daß wenn je der fragliche Weg früher die Eigenschaft eines öffentlichen Weges gehabt hätte, nach dem Ergebniß der sonstigen Erhebungen anzunehmen sei, daß er solche nicht beibehalten habe. Es ist in dieser Beziehung zunächst anzuführen, sagen die Gründe weiter, 2) „der Inhalt des Güterbuchsprotokolls von Bellamont, welches einen Eintrag über Ausmittelung und Feststellung der Wegunterhaltungspflicht in der Gemeinde enthält und hiebei unterscheidet zwischen den Wegen, welche von der politischen Gemeinde und solchen, welche von den Gemeinderechtsbesitzern und endlich denjenigen, welche von den Güterbesitzern unterhalten werden müssen, die letzteren aber als solche bezeichnet, deren die Güterbesitzer allein bedürfen und unter den letzteren, somit unter den Privatwegen auch den im Streit begriffenen Weg aufführt. Aus dem Güterbuch ergiebt sich zugleich, daß der Eintrag in demselben lediglich auf dieser Feststellung im Güterbuchprotokoll beruht und es ist hiemit von selbst das Argument beseitigt, welches für die öffentliche Eigenschaft des Weges aus jenem Eintrag deßhalb abgeleitet werden will, weil bei einem Privatweg die Verpflichtung des Klägers zu dessen Unterhaltung sich von selbst verstehen würde und es jener Vormerkung nicht erst bedurft hätte. Denn es konnte sich gerade darum handeln, zu konstatiren, daß der Weg in die Kategorie der Privatwege gehöre und deßhalb von dem Eigenthümer zu unterhalten sei. 3) Nicht zu Gunsten des Beklagten, sondern vielmehr zu Gunsten des Klägers ist das Ergebniß des

Zeugenbeweises über die seitherige Benützung des Weges ausgefallen, insofern Keiner der vernommenen Zeugen auszusagen wußte, daß er den Weg für einen berechtigten angesehen und als solchen benützt habe, wohl aber die Mehrzahl der Zeugen die Behauptung des Klägers bestätigt hat, daß die Benützung des Weges von ihrer Seite auf einer stillschweigenden oder ausdrücklichen Vergünstigung des Klägers beruht habe." Dieß finde seine Bestätigung auch in dem Umstand, daß vor 15 oder 16 Jahren die Gemeinde dem Kläger für die Benützung des Weges zu Kiesfuhren eine Entschädigung gewährt habe; es bilde sodann die Aeußerung des Gemeinderathes ein erhebliches Zeugniß dafür, daß der Weg in der öffentlichen Meinung nicht als ein öffentlicher gelte. Wenn der Beklagte mit Berufung darauf, daß speziell von ihm und seinen Rechtsvorfahren der Weg nicht bloß vergünstigungsweise benützt worden sei, für sich ein besonderes Recht, eine, wie sich die Rekursschrift selbst ausdrücke, privatrechtliche Dienstbarkeit in Anspruch nehmen zu können glaube, so bleibe ihm überlassen, sich mit diesem Anspruch an den zuständigen Civilrichter zu wenden.

16) Berechnung der Rekurssumme bei einem Streit über die öffentliche Eigenschaft eines Weges. Merkmale der Eigenschaft eines solchen.

Der Sägmüller Z. in Wörth, Oberamt Ellwangen, erhob als Besitzer eines von ihm im Jahre 1863 erworbenen ausgetrockneten Weihers auf Königsrother Markung gegen die Nachbarn W. und Kl., den Besitzer der Jammermühle, im September 1865 Klage, in welcher er denselben die Benützung eines Weges, welcher über den unter dem Weiher befindlichen Damm von der Königsrother Mühle führt und über eine gewölbte Brücke und die Vicinalstraße von Dürrenstetten nach Wörth sich fortsetzt, zu anderen Zwecken, als zur Bewirthschaftung ihrer auf der Markung

Wörth gelegenen Güter streitig machte. Die Beklagten beriefen sich hiegegen auf die Eigenschaft des Weges als eines öffentlichen Verbindungsweges und nahmen ein unbeschränktes Benützungsrecht desselben in Anspruch. In sämmtlichen Instanzen, durch Ministerialentscheidung vom 4. Januar 1870 und durch Beschluß des Königl. Geheimenrathes vom 6. April 1870 wurde gegen den Kläger zu Gunsten der Beklagten erkannt. Die Entscheidung des Königl. Ministerium des Innern, auf deren Gründe der Königl. Geheimerath verwies, lautet:

1) Die Statthaftigkeit der Rekursbeschwerde wegen Nichtvorhandenseins der zum Rekurs erforderlichen Streitsumme kann mit Grund nicht beanstandet werden, da der Streitgegenstand seiner Natur nach eine bestimmte Schätzung nicht zuläßt. Das als Streitwerth in Betracht kommende Interesse des Klägers, Rekurrenten, besteht nämlich nicht blos in der durch die angesprochene Wegberechtigung herbeigeführten allenfalls schätzbaren Werthminderung des dienenden Grundstückes, sondern auch in der Erhöhung der dem Rekurrenten obliegenden Unterhaltungslast der fraglichen Wegstrecke und Brücke, die nicht schätzbar ist, da sich die Frequenz der Benützung des Weges und deren Einfluß auf die Baulast nicht zum Voraus bemessen läßt.

2) Die erhobene Beschwerde ist aber materiell nicht begründet. Daß die im Streit begriffene Wegstrecke einschließlich des Brückchens die Eigenschaft eines öffentlichen, nicht blos Privatzwecken des Rekurrenten dienenden Weges hat, geht neben dem Ergebniß des Beweiseinzuges, aus den eigenen Einräumungen desselben hervor, insofern er die Benützung des Weges nicht blos zur Leichenbestattung zugiebt, sondern auch in einer von ihm selbst zu den Akten gegebenen Erklärung ausdrücklich anerkannt hat, daß der Weg, was er jetzt nicht mehr zugeben will, mit Feldprodukten befahren werden dürfe und nur die Fuhren zu gewerblichen Zwecken eingestellt wissen wollte.

Es ist jedoch auch diese Einsprache unbegründet.

Wenn man auch auf das Zeugniß des Gemeinderathes von Wörth vom 27. September 1865 im Hinblick auf die hiemit in einigem Widerspruch stehenden früheren Aeußerungen desselben keinen Beweiswerth legen will, so ergiebt sich dagegen aus den Aussagen einer großen Anzahl der in den vorigen und in dieser Instanz vernommenen Zeugen, daß der Weg, wenn er auch seiner hauptsächlichen Bestimmung nach ein Feld- und Güterweg sein mag, doch seit Menschengedenken stets nach Bedürfniß auch zu anderen Fuhren, namentlich zur Vermittelung des Verkehrs mit der Jammermühle, in vielfacher Weise benützt wurde, ohne daß mit Ausnahme ganz vereinzelter Fälle, von denen überdieß keiner in die neueste Zeit kurz vor Ausbruch des Prozesses fällt, bei den anderen, wenigstens nach dem vorliegenden Protokoll die Einsprache nur gegen das Befahren der Wiesentheile außerhalb des Weges sich richtete, die Benützung des Weges, welche dem Kläger und seinem Besitzvorgänger nicht unbemerkt bleiben konnte, und wie aus dem Zeugniß des Leonhard M. sich ergiebt, es auch nicht blieb, irgendwie beanstandet worden wäre, so daß hienach kein Grund vorliegt, daran zu zweifeln, daß jene Benützung des Weges von den Betreffenden als eine berechtigte angesehen wurde, aus diesen Gründen wird erkannt, daß das Erkenntniß der Kreisregierung vom 9. Januar v. J., wodurch ausgesprochen wurde, daß der im Streit befangenen, in jenem Erkenntniß näher bezeichneten Wegstrecke die rechtliche Eigenschaft eines öffentlichen Verbindungsweges zukomme, zu bestätigen sei, auch Rekurrent den Rekursen die in dieser Instanz erwachsenen Kosten zu ersetzen und die Sportel im Betrag von 11 fl. allein zu entrichten habe.

17) **Merkmale eines öffentlichen Verbindungsweges. Verpflichtung des Markungsinhabers zur Unterhaltung desselben in fahrbarem Zu-**

stand. Ob ihm die Chaussirung obliegt, ist eine Thatfrage.

Die Gemeinde Rohrau wurde von den Gemeinden Hildrizhausen, OA. Herrenberg und Ehningen, OA. Böblingen, wegen Unterhaltung der auf ihrer Markung belegenen Strecke eines zur Verbindung beider Gemeinden dienenden Weges in fahrbarem Zustande belangt. Im Laufe der Verhandlungen wurde der Anspruch näher dahin festgestellt, daß der Weg, da er zugestandenermaßen andernfalls nicht seinen Zwecken diene, chausseemäßig herzustellen sei. Die Gemeinde Rohrau erhob gegen die sie hiezu verurtheilende Entscheidung des Königl. Oberamtes Beschwerde, zu deren Begründung sie nicht übereinstimmend mit früheren Erklärungen anführte, daß der fragliche Weg kein eigentlicher Vicinalweg, sondern ein Feldweg sei, sodann, daß der von ihr verlangte Aufwand in keinem Verhältniß zu den Mitteln der Gemeinde und dem dadurch zu erlangenden Vortheil stehe. Das Oberamt und die Kreisregierung hatten ihre Verfügungen als polizeiliche Maßregeln behandelt und eine Sportel nicht angesetzt. Dagegen fällte das Ministerium des Innern auf erhobene Beschwerde in Anwendung des Rechtsmittel-Gesetzes vom 13. November 1855 unter dem 24. Oktober 1865 folgendes Erkenntniß:

Auf den Bericht vom 23. Mai 1865 wird der Kreisregierung zu erkennen gegeben, daß man unter Verwerfung der von der Gemeinde Rohrau erhobenen Beschwerde, sowie unter Ansetzung einer von der Gemeinde Rohrau zu bezahlenden Sportel von 5 fl. für gegenwärtige Entscheidung das Erkenntniß des Oberamtes Herrenberg vom 23. Mai 1864 auch von hier aus dahin bestätigt haben will, daß die Gemeinde Rohrau für verbunden erklärt werde

1) an der auf Rohrauer Markung gelegenen Strecke des von Hildrizhausen nach Ehningen führenden Weges

als eines Vicinalweges alljährlich den dritten Theil[1] in stets brauchbaren und fahrbaren Stand, wenn nöthig durch Anbringung einer Steindecke oder förmlichen Chaussirung zu bringen und

2) die auf Rohrauer Markung liegende Wegstrecke fortan in beständig brauchbarem und fahrbarem Stand zu erhalten.

Hiebei wurde von den Erwägungen ausgegangen, daß, da

1) der in Frage stehende Weg im Primärkataster und auf der Flurkarte von Rohrau zwar als Feldweg lauft, im Primärkataster und auf der Flurkarte von Ehningen und Hildrizhausen dagegen als Vicinalweg vorkommt und in dem Güterbuch von Rohrau Theil VII. Blatt 10 als Hildrizhäuser Weg bezeichnet ist, derselbe ferner nach den eigenen Erklärungen des Gemeinderathes Rohrau (vom 10. Mai 1862, 13. Juni 1864, 17. März 1865) in Uebereinstimmung mit der Aeußerung des Amtsbaumeisters von Herrenberg vom 7. März 1865 und dem Vorbringen der Gemeinden Ehningen und Hildrizhausen, nicht blos als Güterweg benützt wird, sondern hauptsächlich auch dem Nachbarschaftsverkehr der Gemeinden Hildrizhausen und Ehningen, der außerdem nur auf einem beträchtlich längeren Umweg vermittelt werden könnte, sowie dem Holztransport aus außerhalb der Markung Rohrau liegenden Staatswaldungen und dem Verkehr der Müller von Aidtlingen dient, — die Eigenschaft dieses Weges als eines Nachbarschafts — eines Vicinalweges, sowie die Nothwendigkeit seiner Forterhaltung als solcher nachgewiesen erscheint und daß

2) Nachbarschaftsstraßen in stets brauchbarem und fahrbarem Stand zu erhalten sind, unter dieser gesetzlichen Unterhaltungspflicht aber künstliche Anlagen nur insoweit begriffen werden, als dieselben zur Sicherung eines Zu-

---

[1] In 3 Jahren, je in einem Jahr den dritten Theil.

standes beständiger Brauchbarkeit und Fahrbarkeit des Weges unumgänglich erforderlich sind, die Gemeinde Rohrau zu der Anbringung einer Steindecke oder der förmlichen Chaussirung fraglichen Wegs nur für den Fall unumgänglicher Nothwendigkeit angehalten werden kann.

Eine Sportel war anzusetzen, weil auf vorliegenden Streit das Gesetz betreffend die Rechtsmittel in Verwaltungsjustizsachen anzuwenden ist, die Zuscheidung der Sportel ergibt sich aus der Verwerfung des erhobenen Rekurses.

Der Königl. Geheimerath bestätigte auf erhobene Beschwerde durch Beschluß vom 11. Januar 1866 das Ministerialerkenntniß vom 24. Oktober 1865, soweit durch letzteres der in Frage stehende Weg als ein Vicinalweg erklärt wurde, unter Hinweisung auf die derselben beigefügten Gründe und unter Verfällung der Gemeinde Rohrau in eine Sportel von 6 fl. mit dem Anfügen, daß die Frage, inwieweit zu der hienach der Gemeinde Rohrau obliegenden Herstellung des Wegs in beständig fahrbaren Zustand die Chaussirung desselben nöthig sei, wenn hierüber noch Streit bestehen sollte, in der Instanzenfolge zu erledigen wäre.

18) Vicinalwege (öffentliche Nachbarschaftswege) sind in stets brauchbarem und fahrbarem Zustand von dem Markungsinhaber zu erhalten. Künstliche Anlagen können verlangt werden, soweit solche nach den Gutachten der Techniker zur Erhaltung in stets brauchbarem und fahrbarem Zustand nothwendig sind.

Zwischen den Städten Bönnigheim und Brackenheim bestehen seit alter Zeit zwei Verbindungswege, der eine über Botenheim, der andere über Meimsheim, welche beiden Gemeinden auch unter sich durch einen in schlechtem Zustand befindlichen Weg verbunden sind. Der Weg von Bönnigheim nach Brackenheim über Meimsheim ist im Jahr 1805 chausséemäßig hergestellt worden, nachdem sich

diese Gemeinde unter der Bedingung der Führung des Wegs über Meimsheim zu einem Beitrag von 5000 fl. verpflichtet hatte. Der letztere Weg ist 14,245′, der erste über Botenheim 13,150′ lang. Die im Verwaltungsweg gepflogenen Verhandlungen zur Beseitigung der Beschwerden der Gemeinde Botenheim über den schlechten Zustand dieses letztern Wegs von Botenheim nach Bönnigheim, welcher über die Markung Meimsheim führt, blieben erfolglos. Die Gemeinde Botenheim lehnte den Vorschlag ab, daß der Weg von Botenheim nach Meimsheim statt nach Bönnigheim in stets fahrbarem Zustand hergestellt werde, da hiedurch ihre Verbindung mit Bönnigheim durch einen namhaften Umweg erschwert worden wäre. Der direkte Weg von Botenheim nach Bönnigheim hat eine Länge von 8528′, von Botenheim über Meimsheim nach Bönnigheim eine solche von 11,152′, somit mehr 2624′. Am 9. August 1866 erhoben daher die zunächst betheiligten Gemeinden Bönnigheim und Botenheim bei dem Oberamt Brackenheim Klage, deren Schlußbitte dahin ging, das Oberamt wolle erkennen, daß die beklagte Gemeinde Meimsheim schuldig sei, den von Botenheim direkt nach Bönnigheim führenden Verbindungsweg, soweit er auf ihrer Markung hinzieht, ausschließlich auf ihre Kosten in solcher Weise herzustellen, daß er beständig und zu jeder Jahreszeit brauchbar und fahrbar ist und ihn zu diesem Behufe insbesondere zu chaussiren. Die Klage war mit folgendem begründet: Der fragliche Weg sei ein breiter, öffentlicher, versteinter Verbindungsweg. Er bestehe zum größten Theil aus Lehmboden und befinde sich in einem solch trostlosen Zustande, daß er bei nasser Witterung ganz unfahrbar und auch bei ganz trockenem Wetter nur mit leichten, nicht aber mit schwerer beladenen Fuhrwerken befahren werden könne. Seine Herstellung in jederzeit fahrbaren Zustand liege nicht nur im lokalen Interesse der klagenden Gemeinden, sondern auch in dem eines großen Theils des sog. Zabergäus. Die Weinfuhren insbesondere gehen meist ohne Benützung der

Eisenbahn auf der Achse nach dem Schwarzwald und der Alb. Die direkte Verbindung von Botenheim mit Bönnigheim sei für verschiedene Orte von Werth. Die Beklagte sei nach der Wegordnung vom 23. Oktober 1808 [1] verbunden, den über ihre Markung führenden Weg stets in brauchbarem und fahrbarem Zustand zu erhalten. Hiezu gehöre nach der Ministerialverfügung vom 19. Juni 1828 die Chaussirung, da dieselbe nach der Beschaffenheit des in Frage stehenden Weges zu dessen steter Fahrbarkeit ein absolutes Bedürfniß sei. In der Vernehmlassung wurde von der Beklagten anerkannt, daß der in Frage stehende Weg ein breiter, öffentlicher, versteinter Verbindungsweg und nicht chaussirt sei. Er habe aber in seinem dermaligen Zustand dem Verkehrsbedürfniß genügt und nur für die klagenden Gemeinden ein lokales Interesse. Die Wein- und Fruchtfuhren aus dem Zabergäu, welche landaufwärts gehen, suchen auf dem kürzesten Weg über Meimsheim die Eisenbahnstationen Lauffen oder Kirchheim zu erreichen und nehmen nicht den Weg über Bönnigheim. Die Her-

---

[1] Der §. 1 der Wegordnung vom 23. Oktober 1808 lautet: Jede Commune ist verbunden, die Wege auf ihrer Markung, insofern sie keine Post- und Commercialstraßen sind, und insofern nicht einzelne Güterbesitzer oder Corporationen vermöge eines speziellen Rechtstitels hiezu die Verbindlichkeit haben, stets in brauchbarem und fahrbarem Zustand zu erhalten. Der §. 2 der Verfügung vom 19. Juni 1828 bestimmt: Die Unterhaltung hat so zu geschehen, daß die Wege beständig und zu jeder Zeit fahrbar seien. Namentlich müssen dieselben gut planirt und mit Abzugsgräben, mit den erforderlichen Brücken und Dohlen, auch an schmalen Stellen und Erhöhungen mit Schranken versehen sein. Künstlichere Anlagen können unter dieser gesetzlichen Unterhaltungspflicht nur in soweit begriffen werden, als dieselben zur Sicherung eines Zustandes beständiger Brauchbarkeit und Fahrbarkeit des Wegs unumgänglich erforderlich sind. Für das Einzelne der obengenannten Arbeiten dienen im Allgemeinen die Vorschriften der Instruktion für die Wegmeister vom 23. April 1808 zur Richtschnur. (Wegordnung §. 1 und 2. Verordnung vom 5. Februar und 4. Dezember 1811, bei Knapp, Repertorium IV. S. 587, 590.)

stellung eines fahrbaren Wegs von Botenheim nach Meimsheim sei für andere Gemeinden zur Gewinnung des nächsten Wegs zur Eisenbahn wünschenswerth. Der in Frage stehende Weg sei ohne allen Nutzen für die Gemeinde Meimsheim, da er die Markung quer durchschneidend nicht einmal als Güterweg von den Gemeindeangehörigen benützt werden könne. Die chausséemäßige Herstellung sei nicht nothwendig. Nach §. 5 der Verfügung von 1828 [2] müßte jedenfalls ein größerer Theil des Aufwands von den klägerischen Gemeinden in Konkurrenz mit der Beklagten übernommen werden. Nach gepflogener weiterer Verhandlung und nach Einholung eines Gutachtens des Oberamtswegmeisters und einer weiteren technischen Aeußerung erkannte das Oberamt am 30. September 1868, unter Kostenvergleichung, daß die Gemeinde Meimsheim verbunden sei, diejenige Strecke des Vicinalwegs zwischen B. und B., welche über ihre Markung führe, in einer Länge von 6250′ durch Planirung und Chaussirung, sowie durch Anlegung der erforderlichen Dohlenbauten in stets fahrbaren und brauchbaren Zustand herzustellen und auf ihre Kosten ohne Konkurrenz der klägerischen Gemeinden zu unterhalten. Begründet war diese Entscheidung damit, daß 1) der fragliche Weg nach dem Anerkenntniß der Betheiligten ein öffentlicher Nachbarschaftsweg sei, auf welchen die Wegordnung von 1808 und die Verfügung von 1828 Anwendung finde, 2) daß der Anspruch der klagenden Gemeinden auf Belassung dieses Wegs als Nachbarschaftswegs begründet sei; 3) daß nach dem Gutachten der Techniker zur beständigen Fahrbarkeit des Wegs dessen Planirung und Chaus-

[2] Der §. 5 der Verfügung von 1828 lautet: Auf gleiche Weise bleibt es der Gesetzgebung vorbehalten, für diejenigen Fälle, wo die Baulast mit den Mitteln des Baupflichtigen oder mit dem Nutzen, den ihm die Herstellung des Wegs gewährt, in auffallendem Mißverhältniß steht, eine angemessene Konkurrenz der mitbetheiligten Gemeinden, Gutsherrschaften oder Amtsbezirke festzusetzen. Ein Gesetz dieses Inhalts ist aber bis jetzt nicht ergangen.

sirung nothwendig sei, auf denselben somit der §. 2 der Verfügung von 1828 Anwendung finde, 4) daß der §. 5 der Wegordnung die Beiziehung anderer Gemeinden erst der Gesetzgebung vorbehalte, eine Pflicht derselben also noch nicht gesetzlich bestehe. Die Königl. Kreisregierung erkannte nach weiterer Instruirung über die Verkehrsverhältnisse der Gegend am 23. August 1870 gegen die rekurrirende Beklagte. In der Begründung der hiegegen bei dem Königl. Ministerium des Innern erhobenen Beschwerde wurde das Bedürfniß dieser Wegverbindung und speziell der verlangten chausséemäßigen Herstellung des Wegs in Abrede gezogen; durch angemessene Planirung und Steineinwerfen an geeigneten Stellen werde dem Zwecke des Wegs vollkommen entsprochen. Auch wurde bestritten, daß in der durch die Wegordnung von 1808 und die Verfügung von 1828 dem Markungsinhaber auferlegten Verpflichtung bezüglich der Vicinalwege die Verpflichtung zur chausséemäßigen Herstellung derselben enthalten sei.[3] Auf den Antrag der

[3] Durch das Dekret vom 5. Februar 1811 wurde verordnet, daß auf chausséemäßige Herstellung der Wege von einer Landstadt zur andern gedrungen und bei Eröffnung der übrigen Kommunikationswege von einem Dorf zum andern besonders darauf gesehen werden solle, daß die Wege gut planirt und mit Abzugsgräben, auch Brücken und Dohlen und an schmalen Stellen und Erhöhungen mit Schranken versehen werden. Reyscher Reg. Ges. Bd. IV. S. 472. Die Verfügung der Sektion des Straßenwesens vom 4. Dezember 1811, auf welche in §. 2 der Ministerialverfügung vom 19. Juni 1828 (oben Note 1) gleichfalls Bezug genommen ist, sagt: Da die Bemerkung gemacht worden, daß der allerhöchste Befehl, die Vicinalwege in stets fahrbarem Zustand zu erhalten, häufig dahin mißverstanden werde, daß die Wege mit großen, für die Communen unerschwinglichen Kosten förmlich chaussirt werden, so werde die Landvogtei angewiesen, daran zu sein, daß zwar die Vicinalwege überall in brauchbaren Stand gesetzt, daß sie aber da, wo weder Post- noch Commercialstraßen seien, nicht förmlich chaussirt werden. Die Verordnung der Sektion des Straßen- und Brückenbauwesens vom 3. Juli 1812 über die Konkurrenz der Adeligen zu den Straßenanlagen, (Reyscher a. a. O. S. 614) unterscheidet zwischen gewöhnlichen Wegen,

Rekurrentin wurden in der Instanz des Ministeriums zwei weitere technische Aeußerungen eingezogen, welche im Wesentlichen dahin gingen, daß 1) der in Frage stehende Weg in einem Zustand sei, nach welchem er auch dem lokalen Verkehrsbedürfnisse nicht genüge; 2) daß zur fahrbaren Herstellung wenn auch nicht die durchgängige Chaussirung, wie der Eine Techniker anfänglich aussprach, doch die Erhöhung der tiefen Stellen, Durchführung von gehörigen mindestens 1′ tiefen Seitengräben mit dem erforderlichen Gefäll für den Wasserabfluß, die für den Wasserabfluß erforderliche Wölbung des Querprofils mit 4 Pct., die Chaussirung der speziell bezeichneten tiefen Punkte und der schon jetzt mit Einwurfsteinen versehenen steileren Stellen, endlich auf den nicht zu chaussirenden Stellen die Anbringung eines Rauhgeschlägs von 4″ Stärke und eines 2″ starken Kleingeschlägs nothwendig sei. Der Aufwand hiefür wurde auf 5350 fl., um 550 fl. weniger, als der Aufwand für die vollständige Chaussirung berechnet. Das Ministerium des Innern erkannte hierauf unter dem 14. Mai 1872, daß die Gemeinde Meimsheim zur chausséemäßigen Herstellung des, wenn auch kürzeren Wegs von Botenheim nach Bönnigheim, durch welche ihr ein mit der Bedeutung dieses Wegs für die klagenden Gemeinden und mit dem Vortheil der möglichen Zeitersparniß in großem Mißverhältniß stehender Aufwand erwachsen würde, nicht für verpflichtet erklärt werden könne, daß daher ihrer Beschwerde gegen das diese Verpflichtung aussprechende Erkenntniß der Königl. Kreisregierung stattzugeben und der Anspruch der Gemeinden Bönnigheim und Botenheim auf Chaussirung des fraglichen Wegs als nicht begründet abzuweisen sei. Die Kosten wurden verglichen. Diese Entscheidung wurde auf folgende Erwägungen gestützt: Es

---

d. h. solchen, wie sie die Natur des Bodens gibt, welche bloß landesordnungsmäßig in fahrbarem Stand zu erhalten sind, und kunstmäßig gebauten Chausséen.

könne auf den Verkehr zwischen Bietigheim einer- und Brackenheim und den rückwärts von Brackenheim gelegenen Orten des Zabergäus andererseits bei Beurtheilung des erhobenen Anspruchs ein entscheidendes Gewicht nicht gelegt werden, weil für diesen Verkehr bereits die chausséemäßig hergestellte und dem Bedürfniß derselben genügende Straße von Bönnigheim über Meimsheim nach Brackenheim bestehe und weil, nachdem bei dem im Jahr 1805 auf Kosten von Stadt und Amt erfolgten Bau jener Straße durch Beschluß der Amtsversammlung vom 9. Mai 1805 der Richtung über Meimsheim der Vorzug vor der schon damals in Frage stehenden, etwas kürzeren Linie über Botenheim hauptsächlich mit Rücksicht auf den für diesen Fall von der Gemeinde Meimsheim im Voraus übernommenen bedeutenden Beitrag zu den Baukosten gegeben worden sei, dieser letzteren offenbar nicht zugemuthet werden könne, nunmehr in geringer Entfernung von jener Straße noch eine zweite für den gleichen Zweck auf ihrer Markung herzustellen. Es habe dieß auch die Amtsversammlung von Brackenheim unterm 30. März 1867 ausdrücklich anerkannt, indem sie zumal im Hinblick auf die in Folge der Erbauung der Eisenbahn eingetretene wesentliche Veränderung der Verkehrsverhältnisse die chausséemäßige Herstellung des Wegs von Botenheim nach Bönnigheim, (gegen welche von Seiten der Gemeinde Meimsheim bisher, so oft sie zur Sprache gekommen, mit Erfolg protestirt worden sei) als durch den Verkehr von Brackenheim und dem obern Zabergäu mit Bönnigheim und Bietigheim keineswegs geboten bezeichnet und deßhalb die früher wiederholt in Aussicht genommene Konkurrenz der Amtskorporation zu Chaussirung jenes Weges abgelehnt habe. Ebensowenig lasse sich für die Nothwendigkeit der Chaussirung des Weges über Botenheim das Verkehrsbedürfniß der Gemeinde Cleebronn und ihrer Nachbarorte anführen, da die Gemeinde Cleebronn direkte Verbindungswege nach Bönnigheim und nach Freudenthal besitze, durch welche nach der Erklärung des Ge-

meinderathes Cleebronn selbst für den Verkehr dieser Gemeinde gegen Besigheim hinlänglich gesorgt sei, und da der zur Unterstützung der Klage später hervorgehobene Umstand, daß der in Frage stehende Weg ebener als der andere Verbindungsweg sei, keinen Grund abgeben könne, der Gemeinde Meimsheim die Chaussirung desselben aufzuerlegen. Wenn hiernach nur der lokale Verkehr der klagenden Gemeinden unter sich maßgebend sei, so könne gegenüber dem Gutachten der Techniker nicht unbeachtet gelassen werden, daß für die Zeiten, zu welchen der Weg nicht als Communikationsweg für dieselben genüge, eine jederzeit brauchbare Verbindung in dem Weg über Meimsheim bestehe, zu dessen alsbaldiger Chaussirung sich diese Gemeinde für ihre Markung bereit erklärt habe, während derselbe auf der Strecke Meimsheim bis Bönnigheim sich schon längst in einem Zustand beständiger Brauchbarkeit und Fahrbarkeit befinde, und welcher überdieß für die Gemeinden Cleebronn und Botenheim noch den besondern Vortheil direkter Verbindungen mit den Eisenbahnstationen Lauffen und Kirchheim darbiete. Werde auch auf diese Weise allerdings nur eine mit verhältnißmäßigem Umwege verbundene Communikation beider Orte mittelst einer chaussirten Straße erlangt, so könne doch der durch den erheblich geringeren Kostenaufwand für die chausséemäßige Herstellung der Straße von Botenheim nach Meimsheim anstatt derjenigen von Botenheim nach Bönnigheim für die Gemeinde Meimsheim erzielten beträchtlichen Ersparniß gegenüber jener zudem ganz unbedeutende Umweg umsoweniger als ausschlaggebend betrachtet werden, als nicht nur der Lokalverkehr zwischen beiden Orten von keiner großen Bedeutung, sondern auch bei dem Umstande, daß der Verbindungsweg von Botenheim nach Bönnigheim bisher noch nie chausséemäßig hergestellt gewesen, mit Sicherheit anzunehmen sei, daß jener Verkehr auch seither schon zum größeren Theile auf dem Weg über Meimsheim sich bewegt habe. In dem Erlaß, mit welchem die Königl. Kreisregierung die Eröff-

nung dieser Ministerialentscheidung dem Oberamt aufgab, wurde angefügt: Im Uebrigen wird das Oberamt dafür Sorge tragen, daß die Gemeinde Meimsheim ihrer Verpflichtung zur Unterhaltung des fraglichen Wegs auf ihrer Markung, von der chausséemäßigen Herstellung desselben abgesehen, in geeigneter Weise, insbesondere durch rechtzeitige Beseitigung der Geleise und gehörige Ableitung des Wassers nachkomme. Auf den gegen die Entscheidung des Ministeriums des Innern ergriffenen Rekurs erging sodann unter dem 9. September 1872 folgendes Erkenntniß des Königl. Geheimeraths: In Erwägung 1) daß der von Botenheim über die Markung der Gemeinde Meimsheim direkt nach Bönnigheim führende Weg nach dem Anerkenntniß beider Parteien als ein öffentlicher Verbindungsweg zu betrachten und daher die Gemeinde Meimsheim nach §. 1 der Wegordnung vom 23. Oktober 1808 verpflichtet sei, diesen Weg, soweit derselbe auf ihrer Markung liege, stets in brauchbarem und fahrbarem Stand zu erhalten; 2) daß nach den übereinstimmenden Gutachten der in Frage stehende Weg nur dann in stets brauchbarem und fahrbarem Stande erhalten werden könne, wenn an demselben die in dem Gr.'schen Gutachen S. 4—6, beziehungsweise in dem gemeinschaftlichen Gutachten S. 10 speziell bezeichneten (oben hervorgehobenen) Verbesserungen vorgenommen werden; 3) daß das Verlangen der klägerischen Gemeinden zunächst darauf gerichtet sei, daß der Weg in solcher Weise hergestellt werde, daß er beständig brauchbar und fahrbar sei, das Verlangen derselben aber, daß der Weg chaussirt werde, nur eine Ansicht der klägerischen Gemeinden darüber ausspreche, was nach ihrem Dafürhalten zur ordnungsmäßigen Instandhaltung des Weges nothwendig sei, — in diesen Erwägungen sei das Erkenntniß des Ministerium des Innern vom 14. Mai d. J. theils zu bestätigen, theils abzuändern und die Gemeinde Meimsheim für verbunden zu erklären, den von Botenheim direkt nach Bönnigheim führenden Verbindungsweg, soweit solcher innerhalb ihrer

Markung liege, durch Vornahme der in dem zuvor angeführten gemeinschaftlichen Gutachten bezeichneten Verbesserungen in einen stets brauchbaren und fahrbaren Zustand herzustellen. An der mit Einrechnung des Zuschlags auf 18 fl. festgesetzten Sportel habe jeder der streitenden Theile die Hälfte zu bezahlen, auch jeder derselben die von ihm aufgewendeten Prozeßkosten ohne Ersatz auf sich zu leiden.

19) Ein öffentlicher Verbindungsweg kann auch ein zur Verbindung von Parzellen mit eigener Markung dienender Weg sein, in welchem Fall seine Benützung eine allgemeine und nicht auf eine bestimmte Benützungsart beschränkt ist.

Durch Rekursentscheidung des Königl. Ministerium des Innern vom 23. Januar 1866, in der Streitsache zwischen dem Müller G. auf der Königsrother Mühle, Gemeindebezirks Wörth und dem Müller A. Kl.[1] auf der Jammermühle, Gemeindebezirks Wörth, OA. Ellwangen, wurde ein Weg, welcher die Verbindung zwischen der letzteren und der in der Nähe der ersteren Mühle vorüberführenden Vicinalstraße bildet, als öffentlicher Verbindungsweg erklärt und ausgesprochen, daß sich hieraus die Befugniß des Besitzers der Jammermühle, denselben zu den für seine Sägmühle nöthigen Fuhren zu benützen, von selbst und ohne daß es der Erwerbung eines besonderen Rechtes hiezu bedürfe, ergebe. Die hiegegen erhobene Beschwerde wurde durch Entscheidung des Königl. Geheimenrathes vom 17. Mai 1866 unter Verweisung auf die Gründe der vorigen Instanzen abgewiesen.

20) Klage auf Duldung eines öffentlichen Nachbarschaftsweges gegen den Eigenthümer des

[1] Die Partheien waren in diesem Falle die Besitzer derselben Parzellen, wie in dem unter Nr. 16 mitgetheilten Rechtsfalle, dagegen handelte es sich um einen anderen Weg. Vgl. oben Nr. 14.

belasteten Gutes. Erwerbung dieses Rechtes durch die außerordentliche erwerbende Verjährung. Benützung desselben auf die möglichst schonende Weise. Die Beurtheilung der Entbehrlichkeit eines öffentlichen Weges ist Verwaltungssache, nicht Gegenstand der Administrativrechtsprechung.

Gegen den Besitzer einer größeren Grundfläche auf der Hochebene zwischen Donau und Blauthal, welche derselbe im Jahre 1862 als Weide von dem Staat erworben und umgeackert hatte, wurde von 6 Gemeinden des Oberamtes Blaubeuren Klage auf Duldung eines öffentlichen Fahrweges als Verbindungsweges mit der Stadt Ulm erhoben. Am 20. Juli 1864 erkannte das Oberamt Blaubeuren den Beklagten für verpflichtet, auf dieser Fläche, auf dem Hochgesträß, Söflinger Markung, ein solches Areal unbebaut liegen zu lassen, daß darüber der Verkehr zu Wagen und zu Fuß zwischen den klägerischen Orten und Ulm möglich sei. Nachdem auf erhobene Beschwerde von dem Ministerium des Innern die erste Entscheidung der Königl. Kreisregierung als nichtig aufgehoben worden war und nach dem Einzug weiteren Beweises wurde die oberamtliche Entscheidung in der Rekursinstanz im Wesentlichen bestätigt. Ebenso erkannte das Königl. Ministerium des Innern auf die von dem Beklagten erhobene Beschwerde unter dem 4./18. Februar 1868, daß der Rekurrent schuldig sei, über sein Gut auf dem Hochgesträß Parzellen Nr. $\frac{1755}{8}$ und 49 einen öffentlichen Weg von 16' Breite in der Richtung von A. nach Ulm und zurück für den allgemeinen Gebrauch in der Weise zu dulden, daß hiebei eine bestimmte, noch der näheren Festsetzung vorbehaltene Wegrichtung eingehalten werde, und daß das Verlangen des Rekurrenten, die Ausübung dieses Rechtes an die Bedingung der ordnungsmäßigen Herstellung und Unterhaltung des Weges zu knüpfen, abzuweisen sei.

Dieser Theil der Entscheidung wurde mit folgendem begründet: „2) Durch die Aussagen der vernommenen Zeugen ist bewiesen, daß der Weg über das Gut des Beklagten von Einwohnern der klagenden Gemeinden während eines Zeitraumes von mehr als 40 Jahren als Fahrweg nach Ulm und zurück, soweit es die Beschaffenheit des Bodens zuläßt, benützt wurde. Wenn nun auch hiedurch in Folge ungenügender Vernehmung der Zeugen der Beweis einer unvordenklichen Ausübung des Rechtes nicht als erbracht angenommen werden kann, so liegen doch die Voraussetzungen der außerordentlichen erwerbenden Verjährung vor, da auch in subjektiver Beziehung bei der Häufigkeit und Allgemeinheit der Benützung des Weges, welche von keiner Seite beanstandet wurde, mit Grund nicht bezweifelt werden kann, daß der Weg als ein berechtigter angesehen wurde, wie er denn auch in den öffentlichen Büchern der betreffenden Markungsgemeinden sich eingetragen findet, auch der Umstand, daß in dem Kaufvertrag zwischen dem Rekurrenten und der Staatsfinanzverwaltung als Bedingung aufgenommen wurde, es seien die bestehenden Wege ebenso, wie die sonstige Fläche zu bezahlen, auf das Bewußtsein einer dießfalls bestehenden Last Seitens der Besitzvorgängerin des Beklagten hinweist. — — 3) Die vom Rekurrenten in dieser Instanz vorgebrachte Einwendung, daß der Weg ein überflüssiger sei, kann im jetzigen Stadium des Verfahrens nicht berücksichtigt werden, da ein Antrag auf Abschaffung des Weges aus diesem Grund in der ordentlichen Instanzenfolge im Verwaltungsweg zu erledigen ist. 4) Der Richter v. J. hat mit Recht den Grundsatz zur Anwendung gebracht, daß nach Analogie der Servituten die Benützung des Weges auf eine für den Eigenthümer des belasteten Gutes möglichst schonende Weise zu geschehen habe und hat hieran die Folge geknüpft, daß bei dem Befahren des Gutes eine bestimmte noch der näheren Festsetzung vorbehaltene Richtung und Linie eingehalten werden müsse. Das weitere Verlangen der Rekurrenten,

die Benützung auch noch an die Bedingung der ordnungsmäßigen Herstellung und Unterhaltung des Weges, sei es durch die Kläger oder die betreffenden Markungsgemeinden zu knüpfen, erscheint nach dermaliger Aktenlage nicht als gerechtfertigt, da sich noch nicht beurtheilen läßt, ob und in wie weit die Behauptung des Rekurrenten, es sei ohne die Herstellung einer ordentlichen Fahrbahn durch die Benützung des Weges der bebaute Theil seines Gutes fortwährenden Beschädigungen ausgesetzt, sich bewahrheiten wird. Indessen bleiben ihm für diesen Fall seine Rechtszuständigkeiten vorbehalten". Diese Entscheidung des Ministerium des Innern wurde durch Beschluß des Königl. Geheimenrathes vom 4. Juni 1868 unter Hinweisung auf die Gründe der vorigen Instanz bestätigt.

21) Der Beweis der Eigenschaft eines Weges als öffentlichen Nachbarschaftsweges bedingt die Unterhaltungspflicht des Markungsinhabers. Einzelne Leistungen, welche sich auch aus der Eigenschaft des Weges als Güter- oder Holzabfuhrweges erklären, beweisen diese Eigenschaft nicht.

Eine bei dem Königl. Oberamte Nagold am 8. April 1864 von dem Schiltmüller F. D. von Simmersfeld gegen die Gemeinde Ettmannsweiler angestellte Klage auf Unterhaltung eines Verbindungsweges zwischen der Schiltmühle und den Altensteiger Kirchspielorten, welche auf die Behauptung der Eigenschaft dieses Weges als öffentlichen Vicinalweges und die vertragsmäßige Uebernahme der Unterhaltungspflicht gestützt war, wurde von dem Oberamt und in Abänderung einer Rekursentscheidung der Königl. Kreisregierung durch Ministerialentscheidung vom 17. August 1864 abgewiesen. Ebenso hat der Königl. Geheimerath durch Beschluß vom 27. September 1864 die hiegegen erhobene Beschwerde und zwar aus folgenden Gründen abgewiesen: „Rekurrent habe entfernt nicht be-

weisen können, daß der fragliche Weg am Gemeindewald Stockmad in der vor 1856 bestandenen Richtung als Nachbarschaftsweg zwischen der Schiltmühle und den Orten Altensteig und Ettmannsweiler gedient habe und als solcher anerkannt gewesen sei, ehe der genannte Wald durch den Abfindungsvertrag vom Jahre 1830 in den Besitz der Gemeinde Ettmannsweiler gelangte. Es habe sich auch bei der hierüber bei dem Königl. Forstamt angestellten Nachfrage in dessen Akten lediglich nichts vorgefunden, was auf einen öffentlichen Nachbarschaftsweg durch den Wald Stockmad sich bezöge. Ein Anerkenntniß dieser Eigenschaft des Weges und der daraus folgenden Unterhaltungspflicht Seitens der Gemeinde Ettmannsweiler könne aber mit dem Königl. Ministerium des Innern weder in der einmaligen Ausbesserung des Weges mittelst Gemeindefrohnen, noch in dem Beschlusse, den Weg auf Gemeindekosten an den Saum des Waldes zu verlegen, gefunden werden, da diese Leistungen auch bei einem Holzabfuhr- und Feldwege dem Besitzer oder der Gemeinde obliegen oder ausnahmsweise von letzterer übernommen werden können, wie denn auch nach einem Berichte des Schultheißenamtes Ueberberg der untere Theil des Weges, sogenannte Steige, von der Gemeinde Ueberberg als Eigenthümerin des Waldes, Beurenerberg, nicht aber von der Markungsgemeinde Beuren unterhalten werde. Noch weniger könne aus dem Umstande, daß die Entfernung zwischen den genannten Orten auf anderen, dem Schiltmühlebesitzer offen stehenden Wegen eine größere sei, als diejenige über den bestrittenen Weg, eine Verpflichtung der Gemeinde Ettmannsweiler zur Unterhaltung der letzteren als eines Nachbarschaftsweges abgeleitet werden. Daß aber jene anderen Wege für den Nachbarschaftsverkehr mit der Schiltmühle früher wirklich bestimmt gewesen, ergebe sich daraus, daß der sog. Seewiesenweg in dem Kirchspielwaldtheilungsvertrag von 1830 gleich anderen öffentlichen Verkehrswegen namentlich aufgeführt und wegen seiner Unterhaltung Vorsorge getroffen, daß

der direkte Verkehr zwischen der Schiltmühle und Simmersfeld in den seit 1845 stattgehabten Verhandlungen über das Schneebahnen auf dem sog. Beurener Kirchweg sich mehrfach erwähnt finde, während die Behauptung, solcher sei erst in neuerer Zeit angelegt worden, unerwiesen und durchaus unwahrscheinlich sei, daß endlich diese beiden Wege, nicht aber derjenige am sog. Reutteacker auch in dem von Geometer G. im Jahre 1845 aufgenommenen Situationsplane über die Wege zwischen Beuren, Ettmannsweiler und Simmersfeld eingezeichnet seien. Endlich habe Rekurrent selbst bei der oberamtlichen Verhandlung vom 25. Januar 1864 den sog. Seewiesenweg als den eigentlichen und ordentlichen Fahrweg nach Altensteig, den Verkehr dahin aber als sein Hauptinteresse im vorliegenden Streite bezeichnet.

22) Die Klage auf Ersatz eines zur Unterhaltung eines Nachbarschaftsweges gemachten Aufwandes gegen den Markungsinhaber ist Gegenstand der Administrativrechtsprechung.

Matthias K. von N. erhob im Dezember 1858 bei dem Oberamt N. gegen die fürstliche Standesherrschaft Th. und T. Klage auf Ersatz der Kosten von Steinfuhren, welche er in den Jahren 1817 bis 1843 für die Strecke eines öffentlichen Weges geleistet hatte. Daß die Unterhaltung dieser Wegstrecke der Beklagten als damaliger Markungsinhaberin nach der Königl. Verordnung vom 19. Juni 1828 obgelegen hatte, war durch administrativgerichtliche Entscheidung festgestellt, bzw. bei der Würdigung der Klage als erwiesen angenommen. Zur Begründung der Klage wurde vorgetragen: der Kläger sei von dem früheren (standesherrlichen) Bezirksamt zu Schloß N. zur vorläufigen Unterhaltung der betreffenden Wegstrecke angehalten worden, unter dem Vorgeben, daß diese zur Markung Steinmühle gehöre. Dabei habe es sich von selbst verstanden und sei auch öfters zugesichert worden, daß, wenn sich ein Anderes herausstellen sollte, entsprechende Entschädigung

gegeben werde. Nun sei rechtskräftig entschieden, daß die Wegstrecke nicht zur Steinmühlemarkung gehöre, es sei zugleich vom Königl. Ministerium des Innern ausgesprochen, daß die vor 1849 aufgelaufenen Unterhaltungskosten von der beklagten Standesherrschaft als damaliger Markungsinhaberin zu tragen seien. Hieraus ergebe sich die Ersatzpflicht des auf 558 fl. 54 kr. berechneten Durchschnittsaufwandes. In der Vernehmlassung bestritt die Beklagte zunächst die Zuständigkeit des Administrativrichters. Es handle sich nicht mehr um eine Markungsstreitigkeit und die daraus folgende Unterhaltungslast, vielmehr darum, ob nicht der Kläger aus besonderen privatrechtlichen Gründen (privatrechtlichen Titeln) zur Steinfuhr verpflichtet gewesen sei. Nicht auf den Staats- oder Gemeindeverband, sondern auf eine solche besondere Verpflichtung stütze die Beklagte ihre Weigerung der Zahlung. Hiebei wird sich auf die hierüber in den Jahren 1831 bis 1836 gepflogenen Verhandlungen, insbesondere auf eine von dem Kläger am 7. Oktober 1836 abgegebene verbindliche Erklärung berufen, wonach er sich unter Verzicht auf alle Einreden verpflichtet habe, ohne Weigerung auf der ihm bereits zugemessenen Wegstrecke die benöthigten Steine ohne jeden Anspruch an das fürstliche Aerar anzuführen. Eventuell wurde jeder Rechtsgrund des Ersatzes, sowie die Größe des behaupteten Aufwandes bestritten. Durch Erkenntniß vom 12. April 1864 wies das Oberamt die Klage angebrachtermaßen ab und an den Civilrichter, weil ein Uebereinkommen, wie das von 1831/36 eine neben die öffentlich-rechtlichen Verhältnisse getretene privatrechtliche Obligation begründe, Kläger keinerlei öffentlich-rechtliche Verpflichtung zur Unterhaltung des Weges gehabt habe und eine solche durch Vertrag mit der Beklagten nicht habe übernehmen können. Am 7. Januar 1863 erklärte die Kreisregierung die Administrativjustizstellen für zuständig, weil der Kläger seinen Anspruch auf die Behauptung gründe, daß der damalige Markungsinhaber öffent-

lich rechtlich zum Ersatz der Steinfuhren, die er für denselben ohne Verbindlichkeit geleistet, verpflichtet sei; zugleich wurde der Anspruch aus materiellen Gründen abgewiesen. Das Ministerium des Innern, an welches der Kläger hiegegen Beschwerde erhoben hatte, verwies die Sache unter Aufhebung des die Klage materiell abweisenden Theiles der Entscheidung der Königl. Kreisregierung an die erste Instanz des Oberamtes zurück, da dieses noch nicht materiell entschieden habe, worauf das Oberamt am 28. November 1863 materiell abweisend erkannte. In der Instanz der Kreisregierung und des Ministerium des Innern ergingen gleichfalls die Klage materiell abweisende Entscheidungen, worauf der Kläger Beschwerde bei dem Königl. Geheimenrath erhob. In der ziemlich unklaren Rekursausführung konnte man folgende verschiedene Klagebegründungen finden: 1) Berufung auf einen angeblich zu seinen Gunsten gemachten obrigkeitlichen Entschädigungsvorbehalt; 2) Berufung auf Beschädigung durch widerrechtliche obrigkeitliche Verfügung, wofür die Standesherrschaft Namens ihrer Polizeibeamten im Regreßwege zu haften habe; 3) Berufung auf Vertrag, auf ein Entschädigungsversprechen der beklagten Standesherrschaft unter unbestimmter Hinweisung auf ein Dienstmietheverhältniß; 4) Berufung auf die Grundsätze über negotionum gestio, irrthümliche Leistung ohne Rechtsgrund und ungebührliche Bereicherung der Beklagten, in dem er, Kläger, die Standesherrschaft in einer ihr obliegenden Markungslast entweder mit der Absicht der Ersatzforderung oder in der irrthümlichen Annahme einer ihm obliegenden Markungslast vertreten habe.

Von dem Königl. Geheimenrath wurde die Begründung unter Nr. 2 als nicht in den Akten enthalten (wie sie jedenfalls nicht zur administrativrichterlichen Competenz gehört hätte), nicht weiter berücksichtigt, dagegen bezüglich der übrigen Klagegründe eine materielle Entscheidung durch Beschluß vom 16. April 1866 dahin gefällt, es sei die Beschwerde unter

Zuscheidung der auf 15 fl. festgesetzten Sportel an den Rekurrenten als unbegründet abzuweisen; denn 1) in dem Erlasse des fürstl. Bezirksamtes N. vom 24. März 1825, wodurch dem Kläger die Auflage zu der Beifuhr von Steinen für den fraglichen Weg gemacht worden sei, sei dieß nicht geschehen unter einem zu seinen Gunsten von dem gedachten Bezirksamt gemachten Vorbehalt eines Ersatzanspruches für solche Beifuhr, sondern lediglich unter Benachrichtigung des Klägers davon, daß das fürstliche Rentamt, ihn, wenn er auch auf die von letzterem zu unterhaltende Seite des Weges die Steine beiführen wolle, hiefür zu entschädigen bereit sei; 2) Nach seinem verworrenen Vorbringen scheine der Kläger auch auf Irrthum, in Folge dessen er eine der Beklagten obgelegene Leistung übernommen, auf angebliche Geschäftsführung für die Beklagte oder auf ungebührliche Bereicherung derselben mittelst seiner Leistungen einen öffentlich rechtlichen Anspruch stützen zu wollen. Allein einem solchen Anspruche würden die eigenen Behauptungen und Einräumungen des Klägers jedenfalls im Wege stehen. Ein Irrthum des Klägers über die Markung, auf welcher die Wegbaulast geruht habe, könne nicht angenommen werden, da Kläger wiederholt behauptet, daß er die Zugehörigkeit des fraglichen Weges zur Markung Steinmühle stets bestritten habe. Im Uebrigen aber sei hervorzuheben, daß Kläger schon in seiner Lohnanrechnung vom 19. Mai 1825 nur für die Steinfuhren zu der die Beklagte treffenden Straßenseite, nicht auch für die auf der Seite des Mühlguts gemachten Steinfuhren eine Entschädigung verlangt, daß er vor dem fürstlichen Rentamt die Erklärung abgegeben, er weigere sich weder jetzt noch für die Zukunft auf der ihm bereits zugemessenen Strecke die benöthigten Steine auf seine Kosten aufzuführen und daß er in der Beschwerdeeingabe vom 10. Juni 1847 allgemein angegeben, er habe die Steine in Rücksicht auf schonliche Behandlung der Viehweide aus bloßem gutem Willen theils unentgeltlich, theils gegen bewilligte Vortheile

aufgeführt. Auch käme bei allen diesen Begründungsversuchen in Betracht, daß vor der Verordnung vom 19. Juni 1828 und unter Anwendung der Verordnung vom 3. Juli 1812 betreffend die Konkurrenz zu den Straßenanlagen eine ausschließliche Verpflichtung der Beklagten zu Unterhaltung jenes Wegs durchaus nicht festgestanden wäre, der Kläger selbst aber aus einer guten Beschaffenheit desselben für seine Person erheblichen Nutzen zu erwarten gehabt habe.

23) Die Klage auf Ersatz eines zur Unterhaltung eines öffentlichen (Nachbarschafts-) Wegs gemachten Aufwands gegen den Markungsinhaber ist Gegenstand der Administrativrechtsprechung. Die Ersatzpflicht des Markungsinhabers ist durch die Eigenschaft des Wegs als öffentlichen Wegs bedingt. Thatsächliche Merkmale dieser Eigenschaft.[1]

In Anwendung des Art. 2 des Gesetzes vom 18. Juni 1849 betreffend die Ausdehnung des Gemeindeverbands auf alle Theile des Staatsgebiets wurden durch Erlaß vom 23. März 1852 verschiedene Waldungen der fürstlichen Standesherrschaft Löwenstein-Wertheim der Markung der Gemeinde Michelbach, OA. Gailborf, einverleibt. Ueber diese Waldungen führen außer andern Wegen insbesondere 1) ein Weg über die Waldungen Burgerklinge und Brandhalde von Michelbach nach Herlebach und 2) ein Weg über die Waldung Kohlhau von Michelbach nach Oberfischach. Am 16. Juli 1858 erhob die fürstliche Standesherrschaft gegen die Gemeinde M. Klage auf Ersatz der von ihr vom 1. Januar 1849 bis 1. Oktober 1857 aufgewendeten Wegbaukosten und zwar zu 1) mit 181 fl. 48 kr. zu 2) mit 4434 fl. 25 kr. Dieser Anspruch war darauf gestützt, daß 1) die betreffenden Wege öffentliche Verbindungs-

---

[1] Dieser Rechtsfall ist schon in Bofcher, Zeitschrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit Bd. IX. S. 178 veröffentlicht.

wege seien und dieß schon am 1. Januar 1849 gewesen seien; 2) daß diese Wege in Folge des Gesetzes vom 18. Juni 1849 mit den anstoßenden Gütern der Markung von Michelbach einverleibt worden seien, 3) daß hienach die Gemeinde Michelbach vom 1. Januar 1849 an die Kosten der Unterhaltung der fraglichen Wege zu bestreiten gehabt hätte, 4) die Gemeinde dieß aber nicht gethan, vielmehr die Standesherrschaft und zwar in der der Gemeinde ausdrücklich erklärten Absicht, Ersatz für diese Kosten von der Gemeinde zu fordern, beziehungsweise dadurch die Geschäfte der Gemeinde zu besorgen, den für die Unterhaltung jener Wege erforderlichen Aufwand gemacht habe. Hiebei hatte sich die Standesherrschaft neben den Grundsätzen über die Geschäftsführung ohne Auftrag noch speziell auf den §. 51 Abs. 2[2] der Instruktion zur Vollziehung des Gesetzes vom 18. Mai 1849 vom 8. September 1849 berufen. Die beklagte Gemeinde bestritt die Zuständigkeit der Administrativjustizbehörden, soweit die Klage auf die negotiorum gestio und nicht auf §. 51 der angeführten Instruktion gestützt werde, und in materieller Würdigung der Klage die Natur der fraglichen Wege als öffentlicher Nachbarschaftswege, indem sie dieselben unter Berufung auf frühere Aeußerungen der Klägerin als Holzabfuhrwege bezeichnete; auch die übrigen Voraussetzungen der negot. gestio wurden bestritten, doch bezüglich des Wegs über die Burgerklinge bis zur Herlebacher Markung zugegeben, daß derselbe für den geringen dortigen Verkehr als öffentlicher Weg benützt worden sei. Nach einem umständlichen und eingehenden Beweisverfahren, dessen einzelne Momente

---

[2] Diese Bestimmung lautet: Von selbst versteht es sich, daß an dem vom 1. Januar 1849 an verfallenden Amts- und Gemeindeschadensbetreff derjenige von den Exemten gemachte Aufwand in Abzug gebracht werden darf, welchen nicht die Exemten, sondern die Gemeinden zu leisten gehabt hätten, falls die Einverleibung eines exemten Gegenstands in den Gemeindeverband schon an jenem Tage vollzogen gewesen wäre.

kein allgemeines Interesse darbieten, soweit sie nicht in den nachfolgenden Gründen der letztinstanzlichen Entscheidung gewürdigt sind, wies das Oberamt N. die Ersatzansprüche der Standesherrschaft rücksichtlich des Wegs über den Kohlhau ab, erklärte dagegen die Beklagte für schuldig, der Klägerin die vom 1. Januar 1849 an bis nach Vollziehung des Gesetzes vom 18. Juni 1849 aufgewendeten Bau- und Unterhaltungskosten des von Michelbach über Herlebach führenden Weges vorbehältlich besonderer Liquidation jedoch ohne Zinsen zu ersetzen. Die Kosten wurden verglichen, und die auf 15 fl. berechnete Sportel der Klägerin zu $^4/_5$, der Beklagten zu $^1/_5$ zugeschieden. Die Gründe waren im Wesentlichen folgende: der Streit sei ein öffentlich rechtlicher; denn die Klägerin fordere auf Grund des §. 51 der angeführten Instruktion Ersatz des gemachten Aufwands; die Entscheidung sei durch die öffentliche Eigenschaft des Wegs und die Nothwendigkeit des gemachten Aufwands bedingt. Für den Weg nach Herlebach sei die öffentliche Eigenschaft von der Beklagten zugegeben, für den Kohlhauweg aber weder durch die Einträge in das Primärkataster und das Güterbuch noch durch die in den Jahren 1830/50 verhandelten Akten dargethan, weil jene nicht auf vorheriger Verhandlung mit den Partheien beruhen und aus dieser sich bloß ergebe, daß die Partheien sich hierüber gestritten haben, ohne daß der Streit zum Austrag gekommen sei. Was den Aufwand für den Weg nach Herlebach betreffe, so spreche für die Nothwendigkeit desselben die Natur der Sache und der Betrag von 181 fl. 48 kr. auf $8^3/_4$ Jahre sei so mäßig, daß ein ernstlicher Zweifel über die Nothwendigkeit dieses Aufwands nicht entstehen könne. Nach weiterer Beweisaufnahme in der Instanz der Königlichen Kreisregierung erkannte dieselbe unter dem 29. Dezember 1863 theils bestätigend theils abändernd. Die von der Beklagten vorgeschützte Einrede der Inkompetenz der Administrativjustizbehörden wurde verworfen, da es sich um die Frage handle, ob und in wie weit die Straßenbau-

kosten, für welche Ersatz gefordert werde, als ein von der fürstlichen Standesherrschaft in ihrer Eigenschaft als gewesene Markungsinhaberin vormals exemter Waldungen auf öffentliche Wege gemachter nothwendiger Aufwand anzuerkennen seien und daher nach §. 51 der angeführten Instruktion an den Gemeindeschadensumlagen in Abzug gebracht werden dürfen. In der Sache selbst wurde in Betracht, 1) daß den fraglichen Wegen die Eigenschaft von öffentlichen Wegen zukomme, 2) die fürstliche Standesherrschaft nicht schon mit dem Erscheinen des Neusteuerbarkeitsgesetzes vom 18. Juni 1849, sondern erst durch die wirkliche Einverleibung der Waldungen in den Gemeindeverband aufgehört habe, Markungsinhaberin zu sein und daher nach §. 51 der angeführten Instruktion berechtigt sei, die von ihr bis dahin bestrittenen Wegbaukosten, soweit sie zur Erhaltung der fraglichen öffentichen Wege nothwendig gewesen, von der Gemeinde ersetzt zu verlangen, die letztere für verbunden erklärt, den Aufwand zu ersetzen, welcher zur Unterhaltung der öffentlichen Verbindungswege von Michelbach über den sog. Kohlhau nach Oberfischach und über die Burgerklinge nach Herlebach innerhalb der betreffenden Waldungen vom 1. Jan. 1849 bis zum Zeitpunkte der erfolgten Einverleibung (7. April 1852) nothwendig gemacht worden seien, wogegen die Ersatzforderung der Klägerin für ihren dieses Maß übersteigenden Aufwand, sowie die Zinsenforderung, letztere wegen mangelnden Verzugs der Beklagten, abgewiesen wurde. Hiegegen wurde von beiden Theilen Beschwerde erhoben, beide Beschwerden jedoch von dem Ministerium des Innern vom 12. April 1864 abgewiesen. Die Abweisung ist mit folgendem begründet: 1) die Zuständigkeit der Verwaltungsjustizbehörden zur Entscheidung eines Streites über einen Ersatzanspruch auf Grund des mehrerwähnten §. 51, wie darüber, ob den in Frage kommenden Wegen die Eigenschaft öffentlicher Nachbarschaftswege zuzuerkennen sei und bejahenden Falls, welche Verpflichtungen dem Markungsinhaber als solchem

bezüglich dieser Nachbarschaftswege obliegen, könne nicht in Zweifel gezogen werden. 2) Durch die Aussagen der Zeugen sei als dargethan anzunehmen, daß die beiden Wege seit Menschengedenken neben der Holzabfuhr dem allgemeinen öffentlichen Verkehr dienen, 3) die Einverleibung der fürstlichen Waldungen in den dinglichen Gemeindeverband von M. sei in Wirklichkeit erst am 7. April 1852 erfolgt, bis dahin habe also der bisherige Markungsinhaber, jedoch auch nur bis zu diesem Zeitpunkt, unter Vorbehalt des durch den angeführten §. 51. gestatteten Ersatzanspruchs fortzuerfüllen gehabt. Gegen diese Entscheidung erhoben wiederum beide Theile Beschwerde an den Königl. Geheimerath. Nachdem das Königl. Ministerium des Innern in Folge eines Instruktorium des Königl. Geheimenraths über den Inhalt seiner Entscheidung sich dahin geäußert hatte, daß dasselbe über die allein angestellte Klage, welche keine andere als die actio negotiorum gestorum sei, unter Hinweisung darauf, daß der mehrerwähnte §. 51 nur eine Anwendung bestehender Rechtsgrundsätze enthalte, in ihrem ganzen Umfang erkannt und den Anspruch für die Zeit nach dem 7. April 1852 abgewiesen habe, weil von da an für die Klägerin eine Nothwendigkeit, sich in die Geschäfte der beklagten Gemeinde zu mischen, nicht mehr vorgelegen und die Tragung des Aufwands nicht unter solchen Umständen erfolgt sei, welche einen Ersatzanspruch zu begründen vermöchten, erkannte der Königl. Geheimerath unter dem 16. Oktober 1865 nach Erledigung eines an das Königl. Oberamt Gaildorf am $\frac{\text{21. Jan.}}{\text{11. Febr.}}$ 1865 erlassenen Instruktorium, wobei die Ersatzansprüche bis zur Entscheidung liquidirt und beklagterseits der Summe nach anerkannt worden waren, unter Abänderung des Erkenntnisses des Ministerium des Innern und unter Bezugnahme auf die in dem Erlasse an das Oberamt Gaildorf vom $\frac{\text{21. Jan.}}{\text{11. Febr.}}$ 1865 niedergelegten den Partheien bereits mitgetheilten Gründe sei 1) der Anspruch der fürstlichen Standesherrschaft auf Ersatz

der von ihr seit dem 1. Januar 1849 aufgewendeten Kosten für die Unterhaltung des Wegs über den Kohlhau als rechtlich nicht begründet überhaupt abzuweisen; 2) die Theilgemeinde Michelbach aber für schuldig zu erkennen, der fürstlichen Standesherrschaft den zu nothdürftiger Unterhaltung des Nachbarschaftswegs vom Kirchhof in Michelbach durch die fürstlichen Waldungen Burgerklinge und Brandhalde bis zur Markungsgrenze von Herlebach seit dem 1. Jan. 1849 bis jetzt gemachten Aufwand in dem von den Gemeindebehörden bei der oberamtlichen Verhandlung vom 26. September bereits anerkannten Betrag von 208 fl. 39 kr. zu ersetzen, dagegen der Anspruch der fürstlichen Standesherrschaft auf Zinse aus dieser Forderung mit den vorigen Instanzen zurückzuweisen. Die Kosten und die auf 30 fl. berechnete Sportel wurden verglichen. Die Begründung dieser Entscheidung, bezüglich welcher auf den früher ergangenen Erlaß Bezug genommen war, lautet: 1) der Anspruch der fürstlichen Standesherrschaft auf Ersatz der von ihr aufgewendeten Wegunterhaltungskosten hängt vor Allem davon ab, ob die in Frage stehenden beiden Wege als öffentliche den Gesetzen gemäß von dem Markungsinhaber zu unterhaltende Wege zu betrachten sind, so daß die Verpflichtung zur Unterhaltung derselben in Folge der Einverleibung von bisher zur Markung M. noch nicht gehörigen fürstlichen Besitzungen in diese Markung auf die Gemeinde Michelbach überging. Eine solche Eigenschaft des über den Kohlhau direkt nach Oberfischach führenden Wegs ist von der Gemeinde widersprochen und durch die gemachten Erhebungen nicht dargethan. Denn a) hat die fürstliche Standesherrschaft dem in den Jahren 1836 bis 1844 von der Gemeinde Michelbach erhobenen Anspruch auf Herstellung und Unterhaltung dieses Wegs als eines öffentlichen Verbindungswegs mit Oberfischach unter der Erklärung, daß sie diesen Weg bloß für die Zwecke der Holzabfuhr aus ihren Waldungen nach ihrem Gutdünken zu unterhalten habe, mit dem Erfolge widersprochen, daß

ihr bis zum Jahre 1849 eine entsprechende Leistung nicht hat auferlegt werden können, wie auch eine solche Verpflichtung gegen die Gemeinde Oberfischach wegen der zu der letztern Markung gehörigen Wegstrecke nicht einmal geltend gemacht wurde; b) könnte die öffentlich rechtliche Verpflichtung der fürstlichen Standesherrschaft in Absicht dieses Wegs allein darauf gegründet werden und wurde allein darauf gegründet, daß die Waldungen, durch welche der Weg zieht, als eigene Markungen bildend anzusehen gewesen, eine solche Verpflichtung hätte sich aber keinenfalls auf die größere Hälfte des Wegs, welche theils zwischen bürgerlichen Gütern und Waldungen theils zwischen Besitzungen der fürstlichen Standesherrschaft, die unbestritten zur Markung Michelbach schon früher gehört haben, gelegen ist, welche aber gleichwohl von der Standesherrschaft erhalten wurde, erstrecken können, indem die Landesordnung tit. 87 und die Verordnungen vom 3. Juli 1812 und 19. Juni 1828 die Wegunterhaltungspflicht dem Inhaber der Markung als solchem auferlegen, so daß auch deßfalls anzunehmen ist, daß die fürstliche Standesherrschaft den Weg überhaupt nicht in Erfüllung einer ihr als Markungsinhaberin obliegenden Verpflichtung unterhalten habe; c) könnte überhaupt nicht wohl die Verpflichtung des betreffenden Markungsinhabers zu der Unterhaltung zweier Wege für den geringen Verkehr der in Frage stehenden Nachbarorte, der auf den einen oder andern, nach den eigenen frühern Erklärungen der Standesherrschaft vorzugsweise auf den Herlebacher Weg verwiesen werden wollte, als begründet angenommen werden; d) thun die Aussagen der vernommenen Zeugen im Wesentlichen nur dar, daß, so lange die Zeugen gesehen, der Weg über den Kohlhau, so wie er jeweilig beschaffen war, und selbst ohne Einhaltung bestimmter Wegbahnen, zeitweise bei trockener Witterung neben andern Wegen für den Nachbarschaftsweg benützt worden ist, wogegen sie nicht behaupten, daß früher oder jetzt ein Recht auf solche Benützung geltend

gemacht wurde; ja der Weg ist von Zeugen aus der wesentlich dabei interessirten Gemeinde Oberfischach für ganz entbehrlich erklärt worden; e) kann die Bezeichnung des Wegs im Primärkataster und in den Flurkarten als eines Vicinalwegs deßhalb nicht in Betracht kommen, weil sich diese Bezeichnung nur auf Angaben der Urkundspersonen gründet und mit den thatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen hinsichtlich der Unterhaltung des Wegs im Widerspruch steht. 2) Was dagegen den Weg über die fürstlichen Waldungen Burgerklinge und Brandhalde nach Herlebach betrifft, so muß, nachdem dieser Weg von der Gemeinde Michelbach in ihren Erklärungen bei dieser Streitsache wiederholt als ein nach Erforderniß zu unterhaltender öffentlicher Weg anerkannt worden ist, die fürstliche Standesherrschaft aus den der Entscheidung der vorigen Instanz beigefügten Gründen für berechtigt erachtet werden, den Aufwand, welcher vom 1. Januar 1849 bis 7. April 1852 auf die gehörige Unterhaltung derjenigen Strecke dieses Wegs, welche durch die benannten, früher eine eigene Markung bildenden, in Folge des Gesetzes vom 18. Juni 1849 aber der Gemeindemarkung M. einverleibten und eben damit an allen Rechten und Lasten der Markungsbestandtheile Antheil habenden Waldungen zieht, zu machen war und von ihr wirklich gemacht wurde, von der Gemeinde ersetzt zu verlangen, indem die Einrede der Gemeinde, daß der Weg auf den 1. Januar 1849 erst in guten Stand zu bringen gewesen wäre, schon deßhalb nicht zu beachten ist, weil nirgends nachgewiesen, daß bis dahin an den Markungsinhaber Anforderungen wegen dieses Wegs gestellt worden und in deren Erledigung ein Verzug eingetreten gewesen sei. — Außerdem aber kann die Standesherrschaft, obgleich sie nach dem 7. April 1852 nicht mehr als Markungsinhaberin für die Gemeinde zu handeln, rechtlichen Anlaß gehabt hat, doch nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen (l. 3 §. 2 D. **XV**, 3. de in rem verso) auch die Vergütung desjenigen Aufwands fordern, welchen

die Gemeinde, wenn sie sich ihrer Obliegenheit gemäß des betreffenden Weges angenommen hätte, auf die ganze Ausdehnung desselben seit dem 7. April 1852 und auf die zwischen bürgerlichen Gütern hinziehende Strecke desselben auch schon vom 1. Januar 1849 bis 7. April 1852 unumgänglich hätte machen müssen, durch dessen Nichtleistung daher die Gemeindekasse ungebührlich bereichert wurde."

24) Die Verpflichtung der Gemeinde, einen öffentlichen Feld- oder Güterweg ihrer Markung zu unterhalten. Ein entgegenstehendes Herkommen wird durch den Mangel des Nachweises eines auf öffentliche Feldwege gemachten Gemeindeaufwandes, sowie durch einzelne von den Güterbesitzern vorgenommene Reparaturen, sofern diese nicht nachweislich auf der Annahme dieses Herkommens, einer diesem entsprechenden Verpflichtung vorgenommen wurden, nicht erwiesen. Merkmal eines öffentlichen Feldweges.

Einen von Seiten der v. H.'schen Gutsherrschaft gegen die Gemeinde Amlishagen erhobenen Anspruch auf Unterhaltung eines in der Markungskarte als Feldweg Nr. 14 bezeichneten Weges hatte der Gemeinderath bestritten, da der fragliche Weg kein öffentlicher Güterweg sei und in der Gemeinde das Herkommen bestehe, daß auch die öffentlichen Feldwege von den umliegenden Güterbesitzern unterhalten werden müssen. Die Eigenschaft des nur von Fußgängern als Verbindungsweg zwischen den Gemeinden Amlishagen und Beimbach benützten Weges als öffentlichen Vicinalweges war von Seiten der Kläger nicht behauptet, vielmehr zugegeben, daß er zum Fahren nur als Güter- und Holzabfuhrweg diene und daß zwischen beiden Orten ein anderer, um 965′ längerer Verbindungsweg bestehe. In Bestätigung einer unter Abänderung der oberamtlichen Entscheidung ergangenen Entscheidung der Königl.

Kreisregierung vom 10. September 1863 wurde die beklagte Gemeinde durch Erkenntniß des Königl. Ministerium des Innern vom 12. Juni 1866 für schuldig erklärt, den in Frage stehenden Weg nach Vorschrift der Ministerialverfügung vom 19. Juni 1828 als öffentlichen Weg herzustellen und zu erhalten und die Kosten der Ministerialinstanz, sowie die auf 10 fl. festgesetzte Sportel allein zu tragen. Gestützt wurde diese Entscheidung auf folgende Erwägungen: „1) Die Eigenschaft des in Frage stehenden Weges als eines öffentlichen sei als erwiesen anzunehmen, indem a) derselbe nicht nur in die Markungskarte von 1814 als Weg nach Beimbach eingetragen, sondern auch mit Bezugnahme hierauf in dem Vertrag vom 9. April 1833 zwischen den Gemeinden und der Gutsherrschaft bedungen worden sei, daß auf dem der Gutsherrschaft verbleibenden Antheil am L. Wasen ein öffentlicher Feld- und Kommunikationsweg nach Beimbach, wie er in jener Flurkarte von 1814 bezeichnet sei, geduldet werden müsse, womit, da es sich hiernach um das fernere Dulden eines schon bestehenden Weges gehandelt habe, von selbst das Vorbringen des Gemeinderathes, daß dieser Vorbehalt gemacht worden sei, weil man damals noch nicht gewußt habe, auf welchem Weg die Verbindung zwischen Amlishagen und Beimbach hergestellt werden solle, und daß, nachdem die Verbindung dieser Orte in einer anderen Richtung hergestellt worden sei, die Nothwendigkeit der Herstellung des Weges weggefallen sei, von selbst seine Wiederlegung finde; b) auch in dem Ruggerichtsprotokoll vom 17. Juni 1846 der fragliche Weg als ein nothwendiger und althergebrachter von Amlishagern und Beimbachern befahrener Güterfahrweg bezeichnet sei; c) eine spätere Aenderung der Eigenschaft des Weges durch Beschränkung seines Gebrauches nicht nur nicht dargethan sei, sondern aus den Aussagen der vernommenen Zeugen sich ergebe, daß derselbe als Fußweg noch jetzt zum allgemeinen Gebrauch diene und auch in einzelnen Fällen von solchen, die in

dem betreffenden Gewand nicht begütert seien, unbeanstandet zum Fahren, so weit es die schlechte Beschaffenheit zulasse, benützt worden sei; 2) der Beweis eines die Unterhaltungspflicht der Gemeinde beseitigenden Herkommens sei nicht erbracht, indem zwar aus den Gemeindepflegrechnungen für einen längeren Zeitraum erhoben sei, daß auf den in Frage stehenden Weg von der Gemeinde keine, auf andere öffentliche Feldwege nur wenige Ausgaben verwendet worden, welche vereinzelten Verwendungen übrigens immerhin gegen das behauptete Herkommen sprechen, zumal in den Protokollen über die ihnen zu Grund liegenden Beschlüsse sich keine Andeutung dafür finde, daß es sich hier von Ausgaben, zu denen die Gemeinde an sich nicht verpflichtet wäre, handle, daß aber auch abgesehen hievon die bloße Thatsache, daß die Gemeinde Nichts oder wenig verwendet habe, noch nicht beweise, daß die in Frage stehende Verpflichtung vermöge Herkommens einem Anderen, insbesondere, wie behauptet sei, den Nebenliegern obliege, hiezu vielmehr der Beweis concludenter positiver Thatsachen erforderlich sei, welcher durch die Aussagen derjenigen Zeugen, die angegeben haben, daß die Unterhaltung von den Nebenliegern besorgt werde, deßhalb nicht als hergestellt angenommen werden könne, weil diese Angaben zu allgemein lauten und nicht erkennen lassen, ob und welche einzelnen Fälle hiebei die Zeugen im Auge haben, und ob die etwa vorgenommenen Reparaturen unter solchen Umständen erfolgten, daß auch die subjektive Voraussetzung des Herkommens, die Anerkennung einer Verpflichtung als begründet angenommen werden könne; daß überdieß gegen das behauptete Herkommen der Umstand spreche, daß in dem Vertrag vom 8. Januar 1833 die Gemeinde der Gutsherrschaft gegenüber sich zur Unterhaltung aller derjenigen Wege im Orte und auf der Markung, welche nicht zum ausschließlichen Privatgebrauch der Gutsherrschaft dienen, zu welchen nach dem unter Nr. 1 Ausgeführten der Feldweg Nr. 14 nicht gehöre, mit Ausnahme eines weiteren

nicht hierher gehörigen Weges verpflichtet habe, insofern nicht einzusehen wäre, aus welchem Grunde der Gutsherrschaft, welche damals noch nicht zur Gemeindesteuer beigetragen, in Beziehung auf die Unterhaltung von Wegen günstigere Bedingungen gestellt worden sein sollten, als den steuerpflichtigen Güterbesitzern; 3) ein besonderer Rechtstitel, auf Grund dessen die Gutsherrschaft wegen Unterhaltung des in Frage stehenden Weges in Anspruch genommen werden könnte, könne in dem Umstand, daß dieselbe in Folge des Ruggerichtsrecesses von 1846 eine Verbesserung an dem Weg vorgenommen, nicht gefunden werden, da diese vereinzelte, überdieß auf einem besonderen Grund beruhende Thatsache eine dauernde und regelmäßige Verpflichtung der Gutsherrschaft nicht erzeugen könnte."

Die hiegegen von der Gemeinde A. erhobene Rekursbeschwerde wurde durch Beschluß des Königl. Geheimenrathes vom 10. Oktober 1866 unter Verweisung auf die angeführten Gründe abgewiesen.

25) Vertheilung der den betheiligten Gutsbesitzern obliegenden Pflicht zur Unterhaltung eines Feldweges nach zwei Beitragsklassen im Wege der Uebereinkunft der großen Mehrheit derselben.

Durch Uebereinkunft vom 30. Oktober 1863 wurde zwischen der Stadt Ravensburg und den betheiligten Güterbesitzern bezüglich der Herstellung eines im Ergänzungsband zum Primärkataster als Feldweg Nr. 30 bezeichneten, den Güterbesitzern zugeschriebenen und auch von diesen bisher höchst wahrscheinlich unterhaltenen Weges festgestellt, daß die betheiligten Güterbesitzer in zwei Klassen künftig, je 2 fl. 30 kr. und 3 fl. 30 kr. pro Morgen, beizutragen haben, wogegen die Stadt die Lieferung der Handarbeiten zusagte. Einer der Güterbesitzer A. Br. verweigerte den Beitritt und die Bezahlung, indem er vorbrachte, der fragliche Weg sei ihm zwar nothwendig, um auf sein Gut

Parzelle $\frac{539}{2}$ zu gelangen, er nehme aber für diese Parzelle, zumal da sein Beitrag auch abgesehen hiervon schon mehr als 100 fl. betrage, Befreiung in Anspruch, weil er als Besitzer dieser Parzelle auch an der Unterhaltung eines anderen Weges Theil zu nehmen habe und die Kosten der Wegherstellung bereits ohne seine Theilnahme mehr als gedeckt seien, auch die gleichmäßige Vertheilung der Kosten das allein richtige wäre. Der Ausschuß der Güterbesitzer, welcher zur Verhandlung dieser Streitsache gewählt worden war, und der Gemeinderath in R. erklärten in Uebereinstimmung mit dem Beschlusse des letzteren, gegen welchen Br. Beschwerde bei dem Oberamt R. erhoben hatte, die Verpflichtung des Br. folge daraus, daß er den Weg für die in Frage stehende Parzelle Nr. $\frac{539}{2}$ nothwendig brauche, auch mehr als $^2/_3$ der Güterbesitzer, nach dem Steuercapital wie der Personenzahl und dem Güterbesitz nach die Uebereinkunft genehmigt haben und die Eintheilung der Güter in zwei Beitragsklassen aus der Verschiedenheit der Herstellungskosten für zwei Wegstrecken sich rechtfertige. Das Oberamt R. erkannte am 22. September 1864, es habe A. Br. mit seinem Grundstücke Nr. $\frac{539}{2}$ zu den Kosten der Herstellung des Feldweges in Frage in 2. Klasse 3 fl. 30 kr. pro Morgen beizutragen und die auf 1 fl. festgesetzte Sportel zu entrichten. Die hiegegen erhobenen Beschwerden wurden in der Instanz der Kreisregierung, des Ministerium des Innern und des Geheimenrathes abgewiesen. Die abweisende Entscheidung des Königl. Ministerium des Innern vom 23. Mai 1865 war damit begründet, daß 1) die Unterhaltung des fraglichen Feldweges unbestrittenermaßen den Eigenthümern derjenigen Güter obliege, für welche derselbe benützt werde; 2) daß Br. nach seinem eigenen Anerkenntnisse, um auf die Parzelle Nr. $\frac{539}{2}$ zu gelangen und die Felderzeugnisse einzubringen, den fraglichen Weg (auf einer bestimmten Strecke)

nöthig habe und folglich auch der Theilnahme an den Kosten der Unterhaltung desselben sich nicht entschlagen könne, woran selbstverständlich der Umstand, daß der Feldweg Nr. 30 sich nicht unmittelbar bis zu jener Parzelle erstrecke, sondern Rekurrent, um zu solcher zu gelangen, auch noch einen andern Feldweg benützen müsse, Nichts zu ändern vermöge, wie auch die Thatsache, daß alle übrigen jenseits der Bahnlinie gelegenen Güter mit einziger Ausnahme der Parzelle Nr. $\frac{539}{2}$ zur Theilnahme an der Unterhaltung des fraglichen Feldweges nicht beitragen, nichts zu Gunsten des Rekurrenten beweise, da diese den Weg überhaupt nicht zu benützen in der Lage seien; 3) daß endlich der Rekurrent gegen die Eintheilung der beitragspflichtigen Grundeigenthümer in zwei Klassen mit verschiedener Beitragsquote sowie gegen die für die höhere Beitragspflicht der zweiten Klasse maßgebenden Gründe an und für sich Nichts einzuwenden erklärt habe. Die Entscheidung des Königl. Geheimenrathes vom 7. Juni 1766 wurde damit begründet, daß abgesehen von der Frage, ob die Ausübung eines weiteren Rekursrechtes hinsichtlich des Werthes des Streitgegenstandes zulässig sei, der Beschwerdeführer die den Entscheidungen der vorigen Instanzen beigefügten Gründe nicht zu widerlegen vermocht, insbesondere nicht darzuthun gewußt habe, daß die nach der Regel des Art. 31 des Feldweggesetzes vom 26. März 1862 und nach der Lage der Gutsparzelle Nr. $\frac{539}{2}$ gegenüber dem Feldweg Nr. 30 in dem Anwesen des Rekurrenten im Allgemeinen begründete Beiziehung dieser Parzelle zu den Kosten der Herstellung des genannten Weges durch eine, jene Regel näher bestimmende und begrenzende örtliche Vorschrift oder Uebung ausgeschlossen wäre, vielmehr das Gegentheil nach den Erklärungen des Gemeinderathes mit Sicherheit anzunehmen sei.

26) Zuständigkeit der Administrativjustizbehörden im Falle eines Streits über das Recht

auf Benützung eines öffentlichen Feldweges zu andern als Feldbauzwecken; Aktivlegitimation einzelner zur Wegunterhaltung verpflichteter Grundbesitzer zu Anstellung der Klage gegen eine angeblich unberechtigte Benützungsart. Die Benützung der öffentlichen Feldwege durch die Markuugsinhaber ist an sich nicht auf den Zweck der Bebauung der anliegenden Güter beschränkt.

A. und B. H. von O. einer Parzelle der Gemeinde D. erhoben gegen die Benützung eines von der Ziegelei des Fr. X. K. von dort nach O. führenden Weges mit schwerem Ziegelfuhrwerk Einsprache. Sie bestritten die öffentliche Eigenschaft dieses Weges und die Befugniß denselben, auch wenn er ein öffentlicher Güterweg wäre, zu gewerblichen Zwecken zu benützen. Durch Vertrag vom 16. März 1844 hatten sich die Partheien, bzw. deren Rechtsvorgänger mit der Gemeinde dahin verständigt, daß ihnen die fernere Unterhaltung des Weges nach erstmaliger Herstellung durch die Gemeinde obliege. Nach längeren Verhandlungen erkannte das Oberamt W. unter Verurtheilung des beklagten Ziegeleibesitzers K. in die Kosten und die auf 3 fl. angesetzte Sportel, daß die bestrittene Wegstrecke zwar als öffentlicher Güterweg anzuerkennen sei, der Beklagte übrigens nicht das Recht habe, diesen Weg für den Betrieb der Ziegelei zu benützen. Auf erhobene Beschwerde hob die Kreisregierung in Ulm die oberamtliche Entscheidung wegen Unzuständigkeit auf, davon ausgehend, daß die angestellte Klage eine „rein privatrechtliche Negatorienklage sei,“ welche Verfügung jedoch von dem Ministerium des Innern mit der der Kreisregierung ertheilten Weisung, den Streit materiell zu entscheiden, außer Wirkung gesetzt wurde. Die Königl. Kreisregierung erkannte sofort am 27. Mai 1871 unter Aufhebung der oberamtlichen Entscheidung, daß die Kläger wegen mangeln-

der Legitimation zur Sache abzuweisen seien, da nicht ihnen, sondern nur der Gemeinde ein Recht zustehen könne, die Benützung eines öffentlichen Weges ganz oder theilweise zu verbieten, den Klägern also ein Anspruch darauf, daß der Beklagte den Weg nur in der von ihnen behaupteten beschränkten Weise benützen dürfe, gar nicht zukomme. Auf erhobene Beschwerde des A. H. und Gen. änderte das Königl. Ministerium des Innern unter dem 12. December 1871 diese Entscheidung der Königl. Kreisregierung dahin ab, daß der Beklagte Fr. X. K. nicht berechtigt sei, den im Streit befindlichen Weg zu Fuhren für die Zwecke seiner Ziegelbrennnerei zu benützen. Die Kosten und die auf 6 fl. 36 kr. festgesetzte Sportel wurden verglichen. Auf die sodann von dem Beklagten ergriffene Beschwerde erkannte der Königl. Geheimerath unter dem 20. April 1872 unter Vergleichung der Kosten, daß der Rekurrent nicht gehindert werden könne, sich des fraglichen Weges auch als Verbindungsweges für seine auf der Markung O. gelegene Ziegelbrennerei, insbesondere zur Abfuhr seiner Ziegelwaaren zu bedienen, wobei übrigens dem Gemeinderathe O. bzw. den Wegbaupflichtigen überlassen bleibe, falls die Voraussetzungen des Art. 33 des Feldweggesetzes vom 26. März 1862 zutreffen sollten, die dort vorgesehene besondere Vergütung in Anspruch zu nehmen. Diese Entscheidung beruht auf folgenden Erwägungen: 1) wie aus der Gleichstellung der Nachbarschafts- und Güterwege in §. 1 der Ministerialverfügung vom 19. Juni 1828, sowie aus den ständischen Verhandlungen über den Art. 33 des Feldweggesetzes vom 26. März 1862 sich ergebe, schließe die Eigenschaft eines Weges als Feldweg, dessen Benützung auch zu anderen Zwecken, als demjenigen der Bebauung der anliegenden Güter durch die Markungsgenossen nicht ohne Weiteres aus [1]; 2) was den vorliegenden Fall

[1] Daß bei der Verhandlung der Kammer der Abgeordneten über den Art. 33 des Feldweggesetzes einzelnen Aeußerungen von Abge-

betreffe, so habe der im Streit befangene Weg unbestrittenermaßen den Bewohnern der an demselben erbauten Höfe schon bisher als Verbindungsweg mit der Gemeinde O. sowie zur Beifühung ihrer häuslichen Bedürfnisse gedient, eine Beschränkung des Rechts der Benützung dieses Wegs durch das Herkommen sei nicht angezeigt, auch könne die dem Rekurrenten bei der Ertheilung der Erlaubniß zur Errichtung seiner Ziegelhütte gemachte Auflage als eine Beschränkung seines dießfallsigen Rechts nicht angesehen werden, da er seine Rechtszuständigkeiten ausdrücklich gewahrt habe.

27) Unterhaltungspflicht der Gemeinden bezüglich der Staatsstraßen innerhalb der Ettersgrenze. Merkmale der letztern.

Die Straße Nagold-Altensteig wurde 1859 von dem Staat übernommen. Der Stadtgemeinde Altensteig blieb die nach §. 4 lit. a und §. 5 der Wegordnung vom 23. Oktober 1808 den Gemeinden zugewiesene Unterhaltung des innerhalb Etters belegenen Theils dieser Straße. Bei der Uebernahme wurde die Ettergrenze an das L.'sche Wirthshaus gesetzt, wobei bemerkt wurde, daß die 260′ entfernte seitwärts der Straße stehende Lohmühle nicht zum Etter gerechnet werden könne. Nach Errichtung einer Scheuer, bezüglich welcher der Gemeinderath bei Behandlung des Baugesuchs bemerkte, daß sie außerhalb Etters zu stehen komme, wo noch keine Baulinie bestehe, wurde die Vor-

---

ordneten die Annahme zu Grunde lag, daß die Benützung der Güter- oder Feldwege nicht auf den landwirthschaftlichen Betrieb und die Abfuhr der Erzeugnisse der anliegenden Güter beschränkt sei, dürfte nicht als Beweis für die hier angenommene Regel entscheidend sein. Der bisherigen Praxis des Ministerium des Innern scheint der von dem Königl. Geheimenrath ausgesprochene Grundsatz nicht zu entsprechen. Vgl. dieses Archiv V. S. 395 II. und III., übrigens auch oben Nr. 16 und 19.

rückung der Ettergrenze bis zur Lohmühle auf Weisung der Bauabtheilung des Königl. Ministerium des Innern unter Berufung darauf verlangt, daß nach bisher befolgten Grundsätzen einer Ministerialinstruktion von 1845, einzelne Gebäude, welche mehr als 300′ außerhalb des geschlossenen Wohnbezirks liegen, bei Bestimmung der Ettergrenze ohne Unterschied, ob nur an einer oder beiden Seiten der Staatsstraße Gebäude stehen, außer Beachtung zu lassen seien, die Lohmühle aber nur 270′ entfernt und nunmehr eine Scheuer dazwischen gebaut sei. Von Seiten des Gemeinderaths wurde eingewendet, daß die Scheuer keine Fortsetzung des Wohnbezirks bilde. Das oberamtliche Erkenntniß vom 17. Januar 1866 wies den Anspruch der Bauabtheilung ab. In Uebereinstimmung mit der abändernden Entscheidung der Königl. Kreisregierung vom 20. Juni 1865 und der die letztere bestätigenden Entscheidung des Königl. Ministerium des Innern vom 7. November, durch welches die Ettergrenze an das Ende der L.'schen Scheuer gesetzt wurde, verwarf der Königl. Geheimerath durch Beschluß vom 11. Januar 1866 die erhobene Beschwerde des Gemeinderaths unter Verurtheilung desselben in die auf 6 fl. festgesetzte Sportel, „in Betracht, daß vermöge der Lage des einen integrirenden Theil des L.'schen Anwesens bildenden, von der Straße nur durch einen Hof und einen Garten getrennten Brauereigebäudes der Etter von Altensteig schon bisher sich rechtlich bis an den ersten Wassergraben erstreckt habe, daß sodann die neuerdings erbaute Scheuer des L. dieser Ettergrenze sich so nahe anschließe, als es nach den bestehenden feuerpolizeilichen Vorschriften überhaupt zulässig sei, daß daher der zwischen der Scheuer und dem Wassergraben liegende schmale Streifen der Wiesenparzelle Nr. 955 nicht als eine Unterbrechung des Etters angesehen werden könne."

28) Die baupolizeilichen Vorschriften über Entfernung der Gebäude von Waldungen u. s. f. wegen

Feuergefährdung geben dem Besitzer der angeblich gefährdeten Objekte abgesehen von privatrechtlichen Einwendungen kein im Administrativjustizwege verfolgbares Einsprecherecht.

Der Gutsbesitzer G. M. von Oberth., OA. Ulm, hat im Jahre 1842 auf einem ihm zugehörigen Grundstück außerhalb Etters in der Nähe von Waldungen, welche der v. B.'schen Fideikommißherrschaft gehören, einen Sommerbierkeller mit baupolizeilicher Erlaubniß errichtet und in demselben ohne solche eine Feuerungseinrichtung hergestellt. Aus Anlaß eines im Jahre 1870 eingereichten Gesuchs um Gestattung der Errichtung einer Scheuer mit Stallung bei diesem Bierkeller wurde hiegegen und gegen die bestehende Feuerungseinrichtung von Seiten der Eigenthümerin des Waldes unter Berufung darauf Einsprache erhoben, daß diese Gebäude im Widerspruch mit Abs. 7 des §. 1 der Instruktion zu Art. 1 des II. Hochbaugesetzentwurfs, welcher eine Entfernung von 400′ von Waldungen verlange, diesen vorgeschriebenen Abstand nicht haben. Das hierüber vernommene Forstamt Söflingen sprach sich dahin aus, daß wenn bei gefüllter Scheuer und bei Südwind ein Brand entstünde, der nur 31—34′ entfernte von B.'sche Wald um so mehr gefährdet wäre, als bei der isolirten Lage des Gebäudes Hilfe nicht sofort bei der Hand sein könnte. Gegen den Antrag der städtischen Bauschaukommission wies die Königl. Kreisregierung in Ulm das durch Anträge bezüglich einer Abänderung der bestehenden Feuerungseinrichtung ergänzte Baugesuch ab und machte dem G. M. die Auflage, die bestehende Feuerungseinrichtung zu entfernen. Durch Beschluß vom 4. April 1871 genehmigte jedoch das Königl. Ministerium des Innern das M.'sche Gesuch, wogegen die v. B.'sche Fideikommißherrschaft Beschwerde bei dem Königl. Geheimenrath erhob. Unter dem 17. Juli 1871 erging hierauf folgender Beschluß des

Königl. Geheimenraths:[1] Da die Bauordnung von 1655 tit. „Wie vor den Städten oder Flecken zu bauen" die Ertheilung der Erlaubniß zur Errichtung von Gebäuden außerhalb Etters lediglich in das pflichtmäßige Ermessen der Baupolizeibehörde stelle, so erscheine die von B.'sche Fideikommißherrschaft zu Oberth., zumal eine positive Benachtheiligung derselben in Folge der mittelst Entschließung des Königl. Ministerium des Innern vom 4. April d. J. dem Oekonom M. gestatteten Heizbarmachung seines in der Nähe des v. B.'schen Waldes gelegenen Sommerkellers und die Errichtung einer Scheuer neben letzterem nicht bescheinigt sei, durch die gedachte Entschließung, wodurch die Geltendmachung etwaiger privatrechtlicher Einwendungen gegen das M.'sche Bauwesen vor dem Civilrichter ausdrücklich vorbehalten worden, in einem ihr zustehenden öffentlichen Rechte nicht als verletzt und sei daher die gegen jene Entschließung erhobene Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

29) Haben die Nachbarn ein Recht auf Einhaltung öffentlicher Baupolizeivorschriften? Verneinung der Frage bezüglich des von der Bau-

---

[1] Obwohl diese Entscheidung des Königl. Geheimenraths auf der Bauordnung von 1655 beruht, so hat ihre Veröffentlichung doch noch praktisches Interesse, da der in derselben zur Anwendung gebrachte Grundsatz durch die Erlassung der neuen Bauordnung wohl keine Aenderung erleidet. Der hierher gehörige, von den Kammern unverändert angenommene Art. 31 des Entwurfs bestimmt, daß über die Entfernung neuer Bauten von Waldungen, Lager-, Holzabstoß- und Wasenplätzen, Eisenbahnlinien, Landstraßen und öffentlichen Wassern, sowie von Friedhöfen durch das Ortsbaustatut oder im einzelnen Fall Bestimmung zu treffen ist. Ein subjektives Recht auf Einhaltung bestimmter Entfernungen außer den in dem IV. Abschnitt, den nachbarrechtlichen Bestimmungen enthaltenen privatrechtlichen Beschränkungen kennt sonach die neue Bauordnung, wie sie aus den ständischen Berathungen hervorgegangen ist, so wenig als das bisherige Recht.

polizeibehörde in der Regel verlangten Abstandes der Häuser in Stuttgart.[1]

1) Nach dem Baugesuch der W. H. B. in Stuttgart kam die nördliche Seite des beabsichtigten Neubaues nur 9′ von der Eigenthumsgrenze der Besitzer der nächstgelegenen Häuser des E. M. und Genossen zu stehen. Die städtische Bauschau beantragte die Einhaltung des ganzen nach den für die Stadt Stuttgart bestehenden baupolizeilichen Vorschriften als Regel aufgestellten Abstandes von 10′. Die Bauabtheilung des Gemeinderaths erklärte sich für das Baugesuch, indem sie es, abgesehen von andern Gründen, nicht als billig erachtete, dem Baulustigen gegenüber von den Nachbarn, welche hart bis an die Grenze gebaut hatten, den ganzen Abstand von 10′ aufzuerlegen, wobei die Bauabtheilung bezüglich der weitern Einwendung, daß den bezeichneten Häusern eine Wegservitut zustehe, welche durch den beabsichtigten Neubau verletzt werde, bemerkte, daß dieser Anspruch bei dem Civilrichter zu verfolgen sei. Zufolge Erlasses des Königl. Ministerium des Innern vom 8. August 1870 wurde das Baugesuch „vorbehältlich der Rechtszuständigkeiten der Nachbarn" genehmigt und die Erweiterung des Abstandes von 9′ auf 10′ von Polizeiwegen nicht gefordert. Auf die hiegegen erhobene Beschwerde faßte der Königl. Geheimerath unter dem 23. Mai 1871 folgenden Beschluß: Durch die Normalverfügung des Königl. Ministerium des Innern vom 19. März 1840 sei zwar den Stuttgarter Baubehörden die Weisung ertheilt worden, bei der Errichtung von Gebäuden in den neuen Straßen für die Einhaltung eines Abstandes von mindestens 10′ je zwischen zwei Gebäuden Sorge zu tragen. Ein Recht der Gebäudeeigenthümer jedoch, die Beobachtung jenes Minimalabstandes unter allen Umständen zu verlangen, habe durch die erwähnte (nicht veröffentlichte)

[1] Vgl. dieses Archiv Bd. XIV. S. 249 insbes. Note 6 S. 258 insbes. Note 18 Bd. XV. Heft I. S. 43 insbes. Note 53.

Normalverfügung weder begründet werden wollen noch können. Vielmehr könne nach dem Titel der Bauordnung von 1655 „Von newen Gebäuen auf newe Hofstätt" selbst der Eigenthümer eines Gebäudes, welches an der Seite des Nachbars Gerechtigkeit zu Licht und Luft habe, mehr nicht verlangen, als daß letzterer, wenn er baue, 3 Werkschuh von der Grenze auf sich selbst zurückweiche. Selbst diese Entfernung nun bleibe nach dem bei den Akten befindlichen Situationsplan — zwischen den Häusern Nr. 2 und 4 der Rekurrenten — und dem projektirten Neubau auch in dem Falle noch übrig, wenn der Zwischenraum nicht von Wand zu Wand, sondern von der äußern Seite der an dem Hause Nr. 2 befindlichen nicht ganz 6′ breiten Freitreppe zu messen sei. Man wolle daher die Beschwerde — — als unbegründet abgewiesen haben ꝛc.

2) Ebenso entschied der Königl. Geheimerath in der Beschwerdesache der Gebrüder Th. in Stuttgart durch folgenden Beschluß vom 2. Oktober 1872: Da die Normalverfügung des Königl. Ministerium des Innern vom 19. März 1840 betreffend die Einhaltung von gewissen Gebäudeabständen in den neuen Straßen nur eine Richtschnur für die nachgesetzten Behörden hinsichtlich ihres Verhaltens bei Baukonzessionsgesuchen zu bilden bestimmt sei, den Gebäudeeigenthümern aber ein Recht, die Beobachtung eines Minimalabstandes von 10′ unter allen Umständen zu verlangen, darin habe weder eingeräumt werden wollen noch können, so erscheine die Berufung der Rekurrenten auf die gedachte nicht öffentlich bekannt gemachte Verfügung behufs der Begründung ihres Anspruchs der Einhaltung eines Abstandes von 10′ von ihrer Eigenthumsgrenze nicht als zutreffend und ebensowenig sei derselbe nach den Bestimmungen der Bauordnung von 1655 tit. „von neuen Gebäuen auf newe Hofstätt" und „vom Traufrecht" als gerechtfertigt zu erkennen. Es werde daher die Beschwerde der Gebrüder Th. gegen die Entschließung des Königl. Ministerium des Innern, durch welche ein Abstand von nur

2′ von der Eigenthumsgrenze auferlegt worden sei, abgewiesen, sofern die Rekurrenten durch die gedachte Entschließung als in einem ihnen zustehenden öffentlichen Rechte verletzt nicht angesehen werden können und die von ihnen geltend gemachten sonstigen Gründe für die oberste Verwaltungsjustizbehörde keinen Gegenstand der Entscheidung bilden.

30) Der Accisepflicht unterliegt nach §. 1, §. 2 Ziff. 8 und 11 des Gesetzes vom 18. Juli 1824 jeder Vertrag, welcher sich als Kauf oder Tausch rechtlich darstellt, daher auch die Abfindung von Realgemeinde- und anderen Realrechten durch Abtretung an Liegenschaften. Ausgenommen sind nur die in Anwendung der Ablösungsgesetze zwangsweise erfolgten Ablösungen. Im Fall eines Tauschvertrags ist der vertragsmäßig angenommene Werth der Tauschobjekte der Acciseberechnung zu Grunde zu legen.

(Erster Fall.) Die Lehnbauern zu Oberhallwangen, OA. Calw, schloßen mit der Gemeinde einen Vertrag, durch welchen ihnen für ihre zu 67955 fl. geschätzten Vorzugsrechte im Genuß der bürgerlichen Holznutzungen 393⁷/₈ M. vom Gemeindewald, zum gleichen Werth geschätzt, als Privateigenthum abgetreten wurden. Aus dem einfachen Betrage des geschätzten Werthes wurde Accise angesetzt, weil der Vertrag zugleich eine Ablösung oder Consolidirung der früheren Beholzungsrechte zur Folge hatte und auch frühere Abfindungen von Holzgerechtigkeiten mittelst Waldabtretung, wobei jene aufgehoben wurden, ebenso behandelt worden sind. Auf erhobene Beschwerde, welche darauf gestützt war, daß das Rechtsgeschäft weder Kauf noch Tausch sei, auch die Ablösung einer Realservitut der gerichtlichen Bestätigung nicht bedürfe, erkannte der Geheimerath am 30. April 1851 den Ansatz der Accise als rechtlich begründet, in der Erwägung, daß nach §. 11 des Accisege-

setzes alle Kontrakte über liegende Güter, Gebäude, Grundgefälle, ewige Renten und Realgerechtigkeiten, worüber gerichtlich erkannt werde, der Acciseabgabe unterliegen und die in §. 2 Ziff. 2 angeführten Ausnahmen nicht zutreffen und daß der Vertrag wegen Uebertragung des Eigenthumes von 393⁷/₈ M. Gemeindewald an die Rekurrenten gegen Abtretung der Beholzungsrechte derselben an die Gemeinde nichts Anderes als ein Tauschvertrag sei, indem Rechte und Gefälle ebensowohl als körperliche Sachen Gegenstand eines Tauschvertrages sein können. Von der Frage, ob hiernach nicht der Ansatz einer doppelten Accise begründet wäre, wurde Umgang genommen.

(Zweiter Fall.) In einem unter dem 16. Juni 1862 abgeschlossenen Vergleiche zwischen der politischen Gemeinde Machtolsheim und 88 Gemeinderechtsbesitzern haben letztere auf ihre bisher bestrittenen Holznutzungsansprüche an die Gemeindewaldungen gegen Abtretung von 164⁵/₈ M. dieser Waldungen verzichtet und es wurde am gleichen Tage über diesen Vergleich erkannt. Gegen den von dem Finanzministerium bestätigten Acciseansatz wurde Beschwerde an den Königl. Geheimenrath erhoben und diese darauf gestützt, daß das Rechtsgeschäft nur ein Vergleich über bestrittene Ansprüche, somit weder Kauf noch Tausch und daher nicht accisepflichtig sei. Durch Beschluß des Königl. Geheimenraths vom 6./19. November 1862 wurde die Beschwerde abgewiesen, da der Vergleich einen Tausch enthalte, durch welchen das ein Realrecht bildende Waldnutzungsrecht einerseits und gegen Verzicht auf dasselbe ein Stück des Waldes andererseits hingegeben werde; das Bestehen eines Streits über das fragliche Nutzungsrecht sei unerheblich, weil die Gegengabe von Wald, auf welchen die Gemeinderechtsbesitzer zur Zeit des Vergleichsbeschlusses jedenfalls keinen Eigenthumsanspruch mehr machten, nur als eine Abfindung für das angesprochene und bestrittene Holznutzungsrecht zu betrachten sei. — Die Frage über einen doppelten Accise-

ansatz wurde auch in diesem Fall nicht Gegenstand der Entscheidung.

(Dritter Fall.) Zwischen der fürstlichen Standesherrschaft Hohenlohe-Oehringen und der Wittwe B. kam über die Ablösung des Erbbestandverhältnisses der Mühl- und Eisenwerke zu E. im Jahre 1839 ein Vertrag zu Stande, über welchen im Jahre 1859 von dem Gerichtshof gerichtlich erkannt wurde. Die gegen den Ansatz der Accise aus 7665 fl. Ablösungsschilling erhobene Beschwerde wurde von dem Königl. Geheimenrath durch Beschluß vom 13. Februar 1860 abgewiesen, weil der am 27. Juli 1844 für beide Theile rechtsverbindlich gewordene Vertrag in dem Erkaufen des Obereigenthums von Seiten des Untereigenthümers bestehe, demgemäß den Kaufverträgen über Liegenschaften und Realrechte beizuzählen sei, auch die durch die Ablösungsgesetze von 1821, 1836, 1848 und 1849 zugesicherte unentgeldliche und abgabenfreie Behandlung der Ablösungsgeschäfte nur für die in Folge der Gesetze zwangsweise erfolgten, nicht aber für andere nach freier Uebereinkunft der Betheiligten abgeschlossene Ablösungsverträge bewilligt sei.

(Vierter Fall.) Zwischen der Gemeinde A. und 105 Gemeinderechtsbesitzern wurde am 16. Mai 1868 ein von der Kreisregierung genehmigter Vertrag abgeschlossen, in welchem die Gemeinderechtsbesitzer auf ihre Nutzungen, deren Kapitalwerth nach Abzug der besondern jährlich zu 420 fl. geschätzten Frohnlasten zu 41,000 fl. berechnet war, gegen Abtretung von 4 Waldparzellen von zusammen 313³/₈ Morgen verzichteten. Diese abgetretenen Waldparzellen waren in Bodenwerth und Holzvorrath auf 42,829 fl. geschätzt, der Mehranschlag von 1829 fl. wurde jedoch bei dem Vertrag nicht weiter berücksichtigt. Auf Anfrage des Kameralamts wegen der Acciseerhebung sprach das Königl. Steuerkollegium aus, daß die Accise sowohl aus dem Kapitalwerth der Nutzungsrechte abzüglich der darauf ruhenden Lasten als aus dem Kapitalwerth des

abgetretenen Waldes im Betrag von 42,829 fl. also zusammen aus 83,829 fl. à 1 Pct. mit 838 fl. 17 kr. zu entrichten sei. Nach Abweisung einer hiegegen bei dem Königl. Finanzministerium erhobenen Beschwerde erging auf die weiter verfolgte Beschwerde unter dem 17. Juli 1871 folgende Entscheidung des Königl. Geheimeraths: „Da die Gemeinde A. durch den Vertrag vom 16. Mai 1868 gegen Hingabe des vollen Eigenthumsrechts an 4 Waldparzellen, das von dem Eigenthumsrecht getrennt gewesene Recht auf Nutzung an ihrer übrigen Waldfläche erworben habe, mithin Grundeigenthum einerseits und ein nach §. 2 Ziff. 8 und §. 11 des Accisegesetzes gleich Liegenschaften der Kontraktaccise unterliegendes Realrecht andererseits gegen einander veräußert worden seien, so werde der Acciseansatz von jedem der veräußerten Gegenstände nach dem wahren Werth derselben, als in §. 12 und §. 3 Ziff. 2 des Gesetzes begründet, erkannt. Nachdem nun der Werth des Nutzungsrechtes abzüglich der mit denselben verbundenen Lasten zu 41,000 fl. festgestellt und als Gegenleistung hiefür das Grundeigenthum hingegeben worden sei, ohne daß die Gemeinde wegen des zuvor geschätzten Mehrwerthes des letzteren ein Aufgeld erhalten habe, so erscheine der Ansatz einer höheren Accise aus der Veräußerung des Waldes, als sie aus der Veräußerung des Realrechtes zu entrichten sei, nicht begründet und es sei darum die von dem Königl. Finanzministerium bestätigte Verfügung des Königl. Steuerkollegium vom 5. Juli 1870 dahin abzuändern, daß die Accise beiderseits nur aus 41,000 fl., zusammen aus 82,000 fl. mit 820 fl. zu entrichten sei."

31) Bei der Klassificirung zur Gewerbesteuer ist das fest angelegte, nicht zum Geschäftsbetrieb dienende Capital einer Aktiengesellschaft nicht in Berechnung zu nehmen.

Durch Verfügung des Steuerkollegium vom 29. April 1859 wurde die Württemb. Transportversicherungsgesell-

schaft in Heilbronn vermöge „ihres Umtriebskapitals von 100,000 fl.," in Klasse XIV. Absch. 2 mit 460 fl. und mit einer Arbeitsrente von 35 fl., zusammen 495 fl., in das Staatssteuerkataster auf den 1. Juli 1856 aufgenommen, nachdem durch Geheimerathsentscheidung auf erhobene Beschwerde der Gesellschaft ausgesprochen worden war, daß dieselbe nicht, wie in Uebereinstimmung mit dem Steuerkollegium das Finanzministerium verfügt hatte, zur Renten-, sondern zur Gewerbesteuer beizuziehen sei. Gegen eine diese Verfügung bestätigende Entscheidung des Finanzministerium vom 11. Mai 1859 erhob die Gesellschaft wiederholt Beschwerde bei dem Geheimenrath, welche im Wesentlichen damit begründet wurde, daß die Kapitalien der Gesellschaft fest angelegt, in den Geschäftsverkehr derselben nicht gezogen, vielmehr demselben völlig fremd seien und sich nur als Garantiekapital darstellen. Nach eingehender Instruktion über das thatsächliche Vorbringen der Gesellschaft faßte der Königl. Geheimerath unter dem 15. Oktober 1859 folgenden Beschluß: In Betracht 1) daß bei der Besteurung eines jeden Gewerbetreibenden, also auch einer für den Zweck einer Gewerbeunternehmung zusammengetretenen Gesellschaft nach §. 12 des Gesetzes vom 15. Juli 1821 nicht das Grundstocksvermögen, sondern nur dasjenige Vermögen zur Grundlage zu dienen habe, welches unmittelbar zum Betriebe diene, 2) daß bleibend angelegtes Kapitalvermögen ebenso, wie Grundbesitz zwar den Kredit eines Gewerbenden zu erhöhen und zur Gewährschaft für etwa entstehende Geschäftsverluste zu dienen im Stande sei, daß dasselbe aber, wenn und gerade weil es zur Zeit der eintretenden Bestimmung wirklich noch bestehe, nicht zum Betriebe des Gewerbes diene, und daher dem eigentlichen Gewerbskapital nicht beigezählt werden könne, 3) daß wohl aus eben diesem Grund und, da das Gesetz die doppelte Besteuerung eines und desselben Gegenstandes nicht wolle, der §. 25 der Gewerbesteuerinstruktion vom 13. Dezember 1834 in Uebereinstimmung mit §. 12 des Gesetzes vom

15. Juli 1821 ausdrücklich das von der Besteuerung ausschließe, was der Gewerbetreibende als Gutsbesitzer und Kapitalist besitze, obgleich sogar z. B. manche Grundstücke, Fabrikgebäude, Lagerhäuser, Comptoire, unmittelbar zum Gewerbebetrieb dienen, 4) daß wenn die Gesellschaft nach ihren Statuten die Summe von 100,000 fl. von ihren Aktionären baar einzahlen ließ und dieß Kapitalvermögen einer von der Gesellschaft aufgestellten Verwaltung übergab, dieser Anordnung füglich zunächst der Zweck zu Grunde gelegen sein könne, durch eine solche Einrichtung der Gesellschaft eine größere Sicherheit gegenüber den einzelnen Aktionären dafür zu gewähren, daß diese den von ihnen bei größeren Verlusten zu leistenden Einzahlungen in die Gesellschaftskasse sich nicht entziehe, daß aber 5) wenn auch anzunehmen wäre, es sei ursprünglich die Absicht der Gesellschaft gewesen, jene von den Aktionären einzuzahlenden Summen für den Betrieb des Geschäfts dienen zu lassen, jedenfalls, wie durch die von dem Königl. Geheimenrath angeordneten weiteren Untersuchungen zu Gunsten der Gesellschaft sich herausgestellt habe, ihr aus den Baareinlagen der Aktionäre und den jährlichen Einnahmeüberschüssen gebildetes stehendes Kapitalvermögen niemals zum laufenden Betrieb verwendet worden sei, daß dasselbe daher jetzt und seit vielen Jahren nicht als ein von der Gesellschaft für den Betrieb gehaltenes Geldkapital (§. 12 des Gesetzes vom 15. Juli 1821) erscheine, sondern wie auch die Gesellschaftsstatuten es bezeichnen, nur als ein Gewährschaftsvermögen zu betrachten sei, — aus diesen Gründen sei unter Abänderung der Entschließung des Königl. Finanzministerium vom 11. Mai zu erkennen, daß die Württ. Transportversicherungsgesellschaft zu Heilbronn nicht verpflichtet sei, denjenigen Theil ihres Vermögens, den sie ständig gegen Verzinsung ausgeliehen habe, der Gewerbebesteuerung zu unterwerfen.

32) Beiziehung des gewerbsmäßigen Weinhandels zur Gewerbesteuer.

Durch das Finanzgesetz vom 22. Juli 1836 Art. 4 wurde die Accise von Weinverkäufen mit Ausnahme der Wirthschaftsaccise aufgehoben und dagegen die Beiziehung des gewerbsmäßigen Weinhandels zur Gewerbesteuer angeordnet. Der Nachtrag zur Instruktion für das Gewerbekataster vom 26. Oktober 1836 (Rbl. S. 597) bestimmt, daß als gewerbsmäßiger Weinhändler, der nunmehr der Gewerbesteuer unterliegt, unterworfen ist, wer notorisch einen solchen Handel mittelst Einkaufs und Verkaufs betreibt und zu dem Ende Vorräthe von dem Gegenstand desselben unterhält. Demgemäß wurde die von einem pensionirten Beamten erhobene Beschwerde gegen seine Beiziehung zur Gewerbesteuer als Weinhändler durch Beschluß des Königl. Geheimenrathes vom 17. November 1856 abgewiesen, in Erwägung 1) daß das Gesetz vom 22. Juli 1836 Art. 4 die Beiziehung des gewerbsmäßigen Weinhandels zu der Gewerbesteuer verfügt; 2) daß bei dem Rekurrenten, welcher in der Periode von 1846 bis 1854 in allen zu Weineinkäufen günstigeren Jahren viermal, 1846, 1848, 1849 und 1854, größere Quantitäten zum Wiederverkauf eingelegt, auch solche wirklich nach und nach wieder verkauft, bis zu diesem Zeitpunkte aber einen für den Verkauf bestimmten Vorrath an Wein gehalten hat und somit in jenen 8—9 Jahren regelmäßig damit beschäftigt war, durch den Kauf und Wiederverkauf von Wein sich einen Gewinn zu verschaffen, entschieden die Merkmale des gewerbsmäßigen Handels mit Wein zutreffen, wie denn auch die in den §§. 1 und 10 der Vollziehungsverordnung zu jenem Gesetze vom 26. Okt. 1836 angedeuteten Momente einer solchen Gewerbsmäßigkeit wirklich vorliegen; 3) daß die wechselnde Größe des Vorrathes und der schnellere oder langsamere Umsatz des Gewerbekapitals der Steuerpflicht an sich nicht entgegensteht.

33) Berechnung der Accise im Falle des Verkaufes von Gewerbegeräthschaften und Vorräthen mit dem Verkauf von Liegenschaften. §. 11. Abs. 4 des Accisegesetzes von 1824. [1]

Am 21. August 1871 erkaufte W. H. eine Apotheke in E. Die hierher gehörigen Bestimmungen des Kaufvertrages lauten: „Apotheker B. verkauft an W. H. Gebäude: 24,4 R., Wohnhaus auf dem Marktplatz hier, eine dreistöckigte Behausung mit eingerichteter Apotheke, gewölbten Kellern und angebautem Schweinestall um 42,000 fl. unter folgenden Bedingungen." — — „6) Der Verkäufer verpflichtet sich, die in besonderem Vertrag enthaltenen Inventarstücke um die Summe von 8000 fl. dem Käufer zu überlassen. 7) Die Uebergabe der Apotheke an den Käufer erfolgt am 1. September 1871." In besonderer Kaufsurkunde von demselben Tage sind die sämmtlichen Inventarstücke, insbesondere Pflanzensammlung und Waarenvorräthe, die gesammte Einrichtung der Apotheke incl. Tische, des Laboratoriums und der übrigen Nebengelasse, die gesammte Gaseinrichtung einschließlich der Gasuhr, Gasröhren 2c. genannt. Das Kameralamt berechnete in Anwendung des Art. 11, Abs. 4 des Accisegesetzes die Accise aus 42,000 fl. und den weiteren 8000 fl. nach Abzug des gemeinderäthlich taxirten Werthes des Mobiliars im Gehilfenzimmer, Comptoir und Laboratorium mit 97 fl. 36 kr., sonach aus weiteren 7902 fl. 24 kr. mit 86 fl.

---

[1] Der §. 11 Abs. 4 des Gesetzes vom 18. Juli 1824 in Betreff der Acciseabgabe lautet: Werden mit einem Gebäude oder mit andern Realitäten zufällig zugleich bewegliche Gegenstände verkauft, welche nach einer der vorgenannten Bestimmungen der Accise unterliegen, so sind sie nach dieser zu behandeln; werden aber Fässer, Gewerbegeräthschaften und Vorräthe mit einem Gebäude oder Gut in einem Gesammtverkaufe veräußert, so dürfen solche von dem der Accise unterworfenen Kaufschillinge nicht abgezogen werden, auch wenn sie im einzelnen Verkauf der Accise nicht unterworfen wären.

36 kr. Gegen diesen Acciseansatz beschwerte sich der Verkäufer, indem er geltend machte, daß aus dem Kaufpreis für das Inventar eine Accise nicht anzusetzen sei, da hierüber ein besonderer Vertrag vorliege und ein Gesammtkauf weder beabsichtigt noch abgeschlossen worden sei. Die Beschwerde wurde von dem Steuerkollegium und dem Finanzministerium als unbegründet verworfen. Ebenso wurde von dem Königl. Geheimerath durch Beschluß vom 2. Okt. 1872 die Beschwerde gegen die Entscheidung des Königl. Finanzministerium vom 27. Juli 1872 als gesetzlich nicht begründet mit folgender Begründung abgewiesen: In dem Kaufvertrage vom 21. August 1871 sei mit klaren Worten als Gegenstand des Verkaufes „eine Behausung mit eingerichteter Apotheke und mit allen dazu gehörigen Rechten" bezeichnet worden, demgemäß in diesem Verkaufe von selbst nicht nur dasjenige inbegriffen, was, wie die Gaseinrichtung und anderes Eingemauerte und Befestigte einen Bestandtheil des Hauses bilde, sondern auch Dasjenige, was an Geräthen und Vorräthen zur Gewerbseinrichtung der Apotheke gehöre. Der Vertrag bestimme sodann durch Ziff. 6 der Verkaufsbedingungen, daß zu dem zuvor genannten Kaufschilling von 42,000 fl. noch 8000 fl. hinzutreten, gegen deren Entrichtung dem Käufer des Ganzen erst die in besonderem Vertrage verzeichneten Stücke übergeben werden. Die Thatsache des Gesammtverkaufes ergebe sich hiernach offenkundig schon aus dem Eingange des Kaufvertrages über die Immobilien. Haben neben diesem die Contrahenten die nähere Beschreibung einzelner unter der allgemeinen Bezeichnung des Kaufsgegenstandes inbegriffenen Sachen und die Benennung des für dieselben weiter zu entrichtenden Kaufschillings in eine besondere Vertragsurkunde eingekleidet, so könne dieser nur die Bedeutung eines Zusatzes zum Hauptvertrag zukommen und sie bilde unzweifelhaft einen integrirenden Bestandtheil dieses Rechtsgeschäftes, welches „mit allen Pakten und Ge-

dingen, wie die Namen haben mögen", vor Gericht zu bringen gewesen sei (L. R. III. tit. XIII. §. 1).

34) Berechnung des accisepflichtigen Betrags im Falle des Verkaufs eines größeren Fabrikanwesens einer offenen Handelsgesellschaft an einen Gesellschafter. Begriff des Gesammtkaufs. Unstatthaftigkeit eines Abzugs am Kaufschilling für den ideellen Werth „des Geschäfts." §. 11 Abs. 4 des Accisegesetzes vom 18. Juli 1824.[1] Berechnung der als Gesellschaftsantheil des Käufers von der Accise freizulassenden Quote des Kaufpreises. Art. 34 Abs. 5 des württembergischen Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuch.

(Aus einer Rekursentscheidung des Königl. Geheimenraths vom 25. Oktober 1872.)

I.) — — Indem das Gesetz den Fall, wenn mit einem Gebäude oder mit andern Realitäten „zufällig" zugleich bewegliche Gegenstände verkauft werden, dem Falle gegenüberstelle, wenn „Fässer, Gewerbegeräthschaften und Vorräthe" mit einem Gebäude oder Gut in einem Gesammtkauf veräußert werden, spreche dasselbe aus, daß es einen Gesammtverkauf eben da als vorhanden betrachtet wissen wolle, wo die Fahrniß gerade der Liegenschaft wegen mitverkauft wird, weil sie für diese und ihre Bestimmung ihre besondere Bedeutung hat und daher nach dem Zwecke des Vertrags die wesentlich ergänzende Zubehör der Liegenschaft bilden soll; das Gesetz schließe deßhalb geradezu die Auffassung des Beschwerdeführers aus, daß die Bestandtheile einer Sachgesammtheit als Zubehörde der idealen Gesammtheit, unter sich aber als nur zufällig verbunden anzusehen seien. Daß im gegenwärtigen Falle ein Gesammtverkauf von Liegenschaften und Fahrnißstücken in dem erwähnten

---

[1] S. Note 1 von Nr. 33.

Sinne des Gesetzes vorliege, gehe aus dem Vertrage vom — über den Verkauf des — Fabrikanwesens „mit Einschluß des ganzen Fabrikgeschäfts" unzweifelhaft hervor; die zum ungestörten Fortbetrieb der Fabrikation und zum ununterbrochenen Verkehr mit den Kunden erforderlichen Maschinen, Geräthschaften und Vorräthe bilden für den Zweck der Erwerbung einen wichtigen Bestandtheil des Kaufs und es könne nicht behauptet werden, mit den zur Fabrikation bestimmten Liegenschaften seien jene beweglichen Gegenstände nur zufällig verkauft worden. Lasse nun das Accisegesetz bei dem Verkauf eines Komplexes von Liegenschaften, Gewerbegeräthschaften und Vorräthen einen Abzug am Kaufschilling nicht einmal für die letzteren Sachen zu, obwohl sie sonst nicht accisepflichtig wären, so gehe hieraus ganz unzweifelhaft hervor, daß ein Abzug für das Ideelle der Gesammtheit, für „das Geschäft als solches" völlig unzulässig sei; wie sich denn schon aus der Natur der Sache ergebe, daß der Beweggrund, aus welchem die Höhe des Kaufschillings für Realitäten hervorgehe, hinsichtlich der Accisepflicht gänzlich bedeutungslos sei. Der Umstand, daß die einzelnen Bestandtheile eines Komplexes eben deßhalb, weil sie ein thatsächliches Ganzes bilden, größere Rentabilität in Aussicht stellen, sowie die Hoffnung, die mit dem Gewerbe, das in einem Anwesen betrieben wird, verbundene Kundschaft zu erhalten, könne nur als Beweggrund gelten, daß für die Sachen selbst, welche den Komplex bilden, ein höherer Preis bezahlt werde, als wenn sie einzeln verkauft würden; denn immer seien nur die Sachen, welche die thatsächliche Gesammtheit ausmachen, der Gegenstand des Erwerbs.

Demgemäß komme auch den vor dem Abschlusse des Vertrags Seitens der Kontrahenten gemachten und den Vertrag vorbereitenden Schätzungen einzelner Bestandtheile des zum Verkauf gebrachten Komplexes eine Bedeutung bezüglich der Acciseschuldigkeit nicht zu und ebenso nicht denjenigen Beträgen, welche der Käufer für die einzelnen

Gegenstände nach dem Kauf in seinen Büchern eingetragen oder der am 6. Juli 1871 neugebildeten offenen Handelsgesellschaft als seine Einlage aufgerechnet habe, vielmehr sei für die — Accisesschuld nur diejenige Summe maßgebend, welche als der wirkliche Erlös für das ganze Anwesen der aufgelösten Handelsgesellschaft sich darstelle, unter Abzug des Betrags derjenigen übernommenen Werthe, welche nicht unter den Begriff von Fässern, Gewerbegeräthschaften und Vorräthen fallen und von dem Königl. Finanzministerium auf Grund der eigenen Angabe des Beschwerdeführers mit — abgerechnet werden.

An dieser aus dem Accisegesetz hervorgehenden Behandlung ergebe sich aus dem Umstande keine Aenderung, daß das Handelsgesetzbuch und andere neuere Gesetze ein bestehendes kaufmännisches Geschäft als Gegenstand der Veräußerung und des Erwerbs bezeichnen; denn von Anderem abgesehen habe durch diese Bestimmung eine Aenderung an den Steuergesetzen der einzelnen deutschen Staaten nicht vorgenommen werden wollen.

II.) Der Anspruch des Rekurrenten, daß die Hälfte des Kaufpreises für die accisbaren Gegenstände von der Accise freibleiben, weil ihm das Geschäft früher zur Hälfte gehört habe, sei als gesetzlich unbegründet zu verwerfen. Die Art. 106—109 des Handelsgesetzbuchs sprechen unzweideutig aus, daß der Antheil am Gewinne, welchen ein Gesellschafter anzusprechen habe, noch nicht seinen Antheil am Gesellschaftsvermögen bestimme; nach den vorliegenden Urkunden aber sei der Beschwerdeführer zwar zum Bezug des hälftigen Gewinnes berechtigt, nicht aber auch zur Hälfte am Gesellschaftsvermögen betheiligt gewesen und der Art. 34 Abs. 5 des württ. Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuch vom 13. August 1865 sage mit klaren Worten „die auf den Antheil des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen zu rechnende Quote“ des Kaufschillings bleibe von der Accise frei, mithin, wie es in dem in der Beschwerdeschrift angezogenen Berichte der

Kommission der Kammer der Abgeordneten ausgedrückt worden, der auf den ideellen Antheil des Gesellschafters an der Liegenschaft kommende Betreff an der Gesammtsumme. Diese Bestimmung schließe sich genau an den in §. 1 des Accise-Gesetzes von 1824 ausgesprochenen Grundsatz an, wornach die Accise auf dem verkaufsweisen Umsatz der Gegenstände ruhe.

35) Ueber die Verpflichtung der Verleger, Drucker und Redakteure zur Zeugnißablegung in einer Disciplinaruntersuchung. Fortdauernde subsidiäre Anwendbarkeit der Strafprozeßordnung von 1843 in Verwaltungsstrafsachen.

Gegen den bei einem Eisenbahnbauamt verwendeten B. war wegen Veröffentlichung von Thatsachen in einem vielgelesenen Blatte, welche auf dessen Mittheilungen beruhte, Disciplinaruntersuchung eingeleitet, da hierin eine Verletzung seiner Dienstpflichten erblickt wurde. Die Veröffentlichung selbst enthielt entfernt nichts Strafbares. Der zur Zeugenvernehmung vorgeladene Redakteur des betreffenden Blattes verweigerte die Zeugnißabgabe wiederholt, unter Berufung auf Art. 143 Ziff. 2 der Strafprozeßordnung, worauf ihm eine Geldstrafe von 7 fl. angesetzt wurde. Auf die hiegegen eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde erging unter dem 8. Mai 1872 folgende Verfügung des Königl. Geheimenraths: Der Beschwerdeführer stützt seine Nichtigkeitsklage auf die Behauptung, daß die gegen ihn wegen Verweigerung der Zeugnißablegung erkannte Geldstrafe gegen die klare Vorschrift des Art. 143 Ziff. 2 der Strafprozeßordnung vom 17. April 1868 verstoße, durch welche er als Redakteur von der Pflicht Zeugniß abzulegen, befreit sei. — Sowohl aus den Motiven zu dem bezeichneten Art. 143 (Art. 140 des Entwurfs) als aus den Ausführungen, mit welchen die Justizgesetzgebungskommission der Kammer der Abgeordneten ihre Anträge zu diesem Artikel begründet hat, endlich aus dem Wortlaute des Ge-

setzes geht jedoch hervor, daß durch die Ziff. 2 des Art. 143 lediglich der schon nach dem früheren Rechte durch die Gerichtspraxis festgestellte Grundsatz seine gesetzliche Bestätigung erhalten sollte, wornach die Verleger, Drucker und Redakteure insoweit, aber auch nur insoweit, als sie die strafrechtliche Verantwortlichkeit für eine im Wege der Veröffentlichung durch die Presse begangene strafbare Handlung nach dem Gesetze übernehmen, von der Pflicht zur Zeugnißablegung befreit sind. Es ist eine unrichtige, durch Nichts unterstützte Auffassung des Beschwerdeführers, wenn derselbe behauptet, diese Befugniß, sich des Zeugnisses zu entschlagen, trete in Ausdehnung der schon bisher von der Praxis ihr gezogenen Grenze überall da ein, wo der Redakteur in seinem Interesse es wünschenswerth finde, über thatsächliche Vorgänge Stillschweigen zu beobachten. — Da nun der Gegenstand der gegen B. eingeleiteten Disciplinaruntersuchung nicht eine durch Veröffentlichung in der Presse begangene strafbare Handlung, sondern die Verletzung der Dienstpflichten durch Mittheilung von amtlich anvertrauten Thatsachen an Andere ist und da für diese Handlung der Beschwerdeführer die Verantwortung nach dem Gesetze nicht übernehmen kann, so befindet sich die ergangene Strafverfügung mit dem Art. 143 Ziff. 2 der Strafprozeßordnung keineswegs im Widerspruch. Der Beschwerdeführer ist im Falle der Anwendung der ebenerwähnten gesetzlichen Bestimmung nicht als befreit von der Pflicht zur Zeugnißablegung zu erachten. — Da dem Ausgeführten zufolge der Art. 143 Ziff. 2 der Strafprozeßordnung von 1868 nur bestehendes Recht wiedergegeben hat, so kann die weitere Frage hier dahingestellt bleiben, ob dieser Artikel bezüglich der Pflicht des Beschwerdeführers zur Zeugnißablegung die entscheidende gesetzliche Bestimmung sei, während nach einer von dem Königl. Geheimenrath angenommenen Thesis auch nach Einführung der neuen Strafprozeßordnung von 1868 die Strafprozeßordnung von 1843 nicht aufgehört hat, für das Verfahren in Verwal-

tungsstrafsachen subsidiäre Anwendung zu finden. Man will hiernach die erhobene Beschwerde als unbegründet abgewiesen haben.

Die neue allgemeine Bauordnung.

Von Dr. Sarwey.

Die am 6/12. Oktober 1872 verkündigte neue allgemeine Bauordnung, aus langen Verhandlungen und zahlreichen Vorarbeiten hervorgegangen, befriedigt ein dringendes legislatives Bedürfniß des Landes.

Schon zu Anfang dieses Jahrhunderts war anerkannt, daß das bestehende Baugesetz, die Bauordnung von 1655, eine für ihre Zeit anerkennenswerthe Arbeit, nach Form und Inhalt den Anforderungen der Gegenwart nicht mehr genüge und daß auch die zweite Hauptquelle der baupolizeilichen Vorschriften, die in Folge der Vermehrung von Brandfällen zur Herbeiführung größerer Feuersicherheit erlassene Generalverordnung vom 13. April 1808 Abth. A, ein eiliges Nothwerk, dringend der Verbesserung bedürfe. Die zwei in den Jahren 1808 bis 1815 und 1819 bis 1825 ausgearbeiteten Entwürfe einer neuen Bauordnung wurden jedoch, ehe sie über das erste Stadium der Gesetzesarbeit gediehen waren, wieder zurückgelegt und der Gegenstand blieb bis in das Jahr 1845 ruhen. Allein auch die damals wieder aufgenommenen Arbeiten und die Thätigkeit einer im Jahre 1846 niedergesetzten Kommission blieben ohne Ergebniß. Um wenigstens dem dringenden Bedürfniß vorläufig abzuhelfen, wurden in dem Jahre 1848 und den folgenden Jahren einzelne Verfügungen erlassen. Ein neuer, im Anschluß an die ergangenen Verfügungen bearbeiteter Entwurf wurde im Jahre 1853 nach Vernehmung sämmtlicher höherer Bautechniker des Landes, einer Anzahl Werkmeister und verschiedener Behörden im Druck veröffentlicht-

Ein zweiter unter Benützung der eingelaufenen Beurtheilungen bearbeiteter Entwurf erschien im Jahre 1856. Mit dessen Veröffentlichung wurden die Sachverständigen und Behörden wiederholt aufgefordert, ihre Ansichten über denselben mitzutheilen. Zugleich wurden die Baupolizeibehörden ermächtigt, diesen Entwurf in der in dem Vorworte bezeichneten beschränkten Weise zur Anwendung zu bringen. Durch diese Aufforderung, wenn sie auch in einer das konstitutionelle Gewissen beruhigenden Beschränkung ergangen war, wurde der Zustand noch verschlimmert. Der Entwurf gab anerkanntermaßen zu sehr ins Einzelne gehende, die verschiedensten Verhältnisse nach gleichem Maß messende und zum Theil unnöthig belästigende Vorschriften, welche alsdann in mißverständlicher Auffassung jener beschränkten Ermächtigung in einzelnen Fällen zur Anwendung gebracht wurden. In einer am 23. März 1861 an den Ministertisch gerichteten Interpellation wurde unter Zustimmung von mehreren Seiten von dem ritterschaftlichen Abgeordneten Freiherrn v. Varnbüler die Art, wie die Baupolizei in Württemberg ausgeübt wurde, als ein Gegenstand sehr allgemeiner Beschwerde bezeichnet und nach Anführung einzelner exorbitanter Fälle von belästigenden Verfügungen bemerkt, „wenn man frage, auf welche Grundlagen hin denn eigentlich alle diese Verfügungen getroffen werden, so bekomme man, horribile dictu, die Antwort: auf einen Gesetzesentwurf hin.“ [1] An der Hand der gemachten Erfahrungen wurde im Jahre 1862/63 ein weiterer (der dritte oder vielmehr fünfte) Entwurf bearbeitet, allein auch dieser nicht weiter verfolgt, vorzüglich aus dem Grund, weil man sich mehr und mehr überzeugte, daß ohne eine gesetzliche Scheidung der nachbarrechtlichen (privatrechtlichen) und baupolizeilichen Bestimmungen und eine gleichzeitige Bearbeitung beider kein brauchbares Gesetz möglich sei,

---

[1] Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1855/61 Protokoll-Band V. S. 3060 und f.

während die bisherigen Entwürfe sich auf die letzteren beschränkt hatten. Endlich übergab mit Vortrag vom 4. Dezember 1868 der damalige Minister des Innern v. Geßler der Kammer der Standesherren den aus 97 Artikeln bestehenden Gesetzesentwurf, aus welchem das verkündigte Gesetz schließlich hervorgegangen ist. Dieser Entwurf, welcher außer den baupolizeilichen Bestimmungen in seinem vierten Abschnitt unter dem Titel „Nachbarrechtliche Bestimmungen" auch eine von dem Obertribunalrath v. Kraus im Auftrage des Königl. Justizministerium bearbeitete Revision der in der Bauordnung von 1655 enthaltenen privatrechtlichen Bestimmungen enthielt, war nach vorangegangener Berathung einer aus Juristen, Kammermitgliedern, Verwaltungsbeamten und Bauverständigen niedergesetzten Kommission festgestellt worden. Von der Kommission der Kammer der Standesherrn wurde der von Staatsminister Freiherrn v. Linden als Berichterstatter und Staatsminister Freiherrn v. Neurath als Mitberichterstatter verfaßte Bericht am 5. März 1870 ausgegeben und die Verhandlungen der Kammer der Standesherren begannen am 15. März 1870. Dieselben gelangten in drei Sitzungen am 15., 17. und 18. März 1870 bis zu Art. 56. Durch die am 24. März erfolgte Vertagung der Ständeversammlung und die während der Vertagung erfolgte französische Kriegserklärung wurden jedoch die Berathungen unterbrochen und durch die am 22. Oktober 1870 erfolgte Auflösung der Ständeversammlung die Vorlage hinfällig. Mittelst Note der Ministerien der Justiz und des Innern vom 9. Februar 1871 wurde sodann derselbe Entwurf unverändert zur verfassungsmäßigen Berathung und zwar dießmal zunächst in der Kammer der Abgeordneten wieder eingebracht. Die Kammer der Abgeordneten hatte eine besondere Kommission von 15 Mitgliedern zur Berichterstattung gewählt. Der von derselben am 9. Februar ausgegebene Bericht ist für den allgemeinen Theil mit Ausnahme des auf die nachbarrechtlichen Bestimmungen bezüglichen dritten Punktes

desselben, zu Art. 1—35 und 76—97 von den Abg. v. Wolff und Bälz als Mitberichterstatter, zu dem Art. 36 bis 56 von den Abg. Bälz und v. Wolff als Mitberichterstatter, zu Punkt 3 des allgemeinen Theils und Art. 37 bis 57 von den Abg. v. Boscher und Ruf als Mitberichterstatter verfaßt.

Die Verhandlungen begannen in der Kammer der Abgeordneten am 14. December 1871 und wurden, durch zahlreiche andere Arbeiten unterbrochen, in 13 Sitzungen, vom 14. und 15. December 1871, 3., 4., 5., 8., 10., 12. und 13. Januar, 5. und 12. Februar 1872, zu Ende geführt. Die Kammer der Standesherren, welcher von ihrer Kommission ein von den früheren Berichterstattern verfaßter Bericht schon am 16. März erstattet wurde, erledigte ihre Berathungen in drei Sitzungen vom 20., 21. und 23. März 1872, und nachdem in zwei Sitzungen der Kammer der Abgeordneten vom 10. und 13. April 1872 und in zwei Sitzungen der Kammer der Standesherren vom 12. und 13. April über die noch vorhandenen Meinungsverschiedenheiten eine Verständigung erzielt war, wurde der Entwurf, wie er aus den Verhandlungen vielfach abgeändert hervorgegangen war, von jeder der beiden Kammern einstimmig angenommen.

Das Gesetz, welches am 1. Januar 1873 in Wirksamkeit tritt, ist das Werk ausgezeichneter und erfahrener juristischer, regimineller und technischer Kräfte und wird sich, wie ihm schon durch die einstimmige Annahme in beiden Kammern ein günstiges Horoskop gestellt ist, in der Anwendung unzweifelhaft bewähren. Man kann auf dasselbe das bekannte schwäbische Sprichwort, gut Ding braucht lange Weil, anwenden. Unter Vermeidung einer allzusehr in's Einzelne gehenden Kasuistik giebt das Gesetz in präciser und klarer Sprache für alle Verhältnisse, deren Regelung seine Aufgabe war, bestimmte und keiner verschiedenen Anwendung Raum lassende Vorschriften. Seine wesentlichen Vorzüge lassen sich in folgendem zusammenfassen:

1) Das Gesetz regelt nicht nur die polizeilichen, sondern auch die privatrechtlichen (nachbarrechtlichen) Verhältnisse und zieht dem Polizei- und Privatrecht auf dem Gebiete der Baugesetzgebung klare und feste Grenzen.

2) Die privatrechtlichen (nachbarrechtlichen) Bestimmungen, in dem vierten Abschnitt, Art. 56 bis 73, enthalten im Wesentlichen eine scharf gefaßte Kodifikation des bestehenden Rechtes, wie sich solches in der heutigen Gerichtspraxis festgestellt hat.

3) In den baupolizeilichen Vorschriften verläßt das Gesetz das System der polizeilichen Koncessionen. Es gewährt unter Aufstellung fester Normen für die Behörden und Baulustigen möglichst ausgedehnte Baufreiheit und erkennt die Befugniß, unter Beobachtung der bestehenden Bauvorschriften zu bauen, als ein in dem Eigenthum enthaltenes Recht an. (Erster Abschnitt, von der Bauberechtigung und den Bauvorschriften im Allgemeinen. Art. 1.)

4) Das Gesetz beschränkt sich auf solche allgemeine baupolizeiliche Bestimmungen, welche unter gegebenen Verhältnissen durchaus geboten sind. Es nimmt aber überall auf die Verschiedenheit der Verhältnisse und Bedürfnisse die nöthige Rücksicht und überläßt die Ordnung localer Verhältnisse zur Ausfüllung des von ihm zu diesem Zweck gewährten Raumes den Ortsbaustatuten. (Art. 2 u. 3.)

5) In dem zweiten Abschnitt, von der Anlage der Orte und den Ortsstraßen (Art. 4—15) gelangt das Ermessen der Gemeindebehörden zu seinem vollen Recht, zugleich aber wird den hiemit nicht selten collidirenden Interessen der Einzelnen ein wohl genügender Schutz gewährt, welchen sie bisher vielfach entbehren mußten.

6) In dem dritten Abschnitt, von den für die einzelnen Bauten maßgebenden polizeilichen Bestimmungen, werden in dem ersten Kapitel (Art. 16—20) allgemeine Bestimmungen gegeben. Das zweite Kapitel (Art. 21—34) behandelt die Stellung und Lage der Bauten und ihr Verhältniß zu den Straßen und benachbarten Gebäuden und

Grundstücken, das dritte Kapitel (Art. 35—55) die Construktion der Bauten. Das Gesetz ist auch in diesem Abschnitt unzweifelhaft liberaler, als die Regel der bisherigen Gesetzgebung und Praxis war, ohne jedoch die nöthigen Rücksichten auf das Interesse der Nachbarn und die Sicherung gegen Beschädigungen, namentlich gegen Feuersgefahr hintanzusetzen.

7) Der fünfte Abschnitt, von den Behörden und dem Verfahren in Bausachen (Art. 74—94) enthält wesentliche Erleichterungen und beseitigt anerkannte Beschwerden des bisher bestandenen Zustandes, in dem er die Fristen und das Verfahren abkürzt, eine größere Zahl von kleineren Bauwesen von der vorgängigen Einholung der Bauerlaubniß freiläßt und den Gemeindebaupolizeibehörden zur Bequemlichkeit der Baulustigen unter der Voraussetzung, daß sie technisch genügend berathen sind, weitergehende Befugnisse als bisher einräumt.

Zwei Ausgaben und Bearbeitungen des Baugesetzes, von Staatsrath Dr. v. Bizer [2] und Oberregierungsrath Schüz [3] werden geboten. In den bisherigen Verhandlungen, namentlich in den Motiven, den ständischen Berichten und Protokollen ist ein umfangreiches Material zur Auslegung gesammelt und sehr erwünscht, daß dasselbe durch diese Arbeiten allgemein zugänglich gemacht wird.

Der Verfasser beschränkt sich im folgenden auf die Besprechung einiger wenigen in den ständischen Verhandlungen kürzer behandelten Punkte, welche zur Charakteristik des ganzen Gesetzes dienen und deren kurze, alsbaldige

---

[2] **Neue allgemeine Bauordnung für das Königreich Württemberg. Mit dem vollständigen Auslegungsmaterial und Erläuterungen nebst ausführlichem alphabetischem Sachregister von Dr. Fr. Bizer, Staatsrath (48 Bogen 5 fl. 48 kr.), vollständig erschienen.**

[3] **Die neue Bauordnung für das Königreich Württemberg. Handausgabe mit Erläuterungen von L. Schüz, Oberregierungsrath (Preis ca. 1 fl. 45 kr. bis 2 fl.).**

Erörterung für die Rechtsanwendung nicht ohne unmittelbares Interesse sein wird.

I. Der Art. 1 des Gesetzes lautet:

> Der Eigenthümer eines Grundstückes ist berechtigt, auf demselben innerhalb seiner Eigenthumsgrenze nach seinem Ermessen zu bauen, sofern er nicht durch Reichsgesetz oder durch die in dem gegenwärtigen Gesetze begründeten polizeilichen und nachbarrechtlichen Vorschriften beschränkt ist.

Der Art. 1 des Entwurfes hatte die in dem Beisatze, sofern rc. enthaltene Einschränkung dahin gefaßt:

> sofern er den durch das gegenwärtige Gesetz begründeten polizeilichen und nachbarrechtlichen Vorschriften und Verpflichtungen nachkommt.

Gegen diesen von der Kommission der Kammer der Abgeordneten zur Annahme empfohlenen Artikel wurde bei der Berathung eingewendet, daß der Eigenthümer am Bauen auch durch das Gesetz ganz verhindert sein könne, was in dem Entwurf nicht zum Ausdruck komme und daß nach der Fassung des Entwurfes privatrechtlich eingegangene Verpflichtungen, welche außer den im Gesetz enthaltenen zu Gunsten der Contrahenten Beschränkungen des Baurechtes erzeugen, sei es in der Form von Servituten, sei es in der Form von persönlichen Verpflichtungen, von dem Gesetze nicht als Beschränkungen des Baurechtes bezeichnet seien. Es wurde daher nach dem Antrage des Abg. Mohl beschlossen, in dem Regierungsentwurf nach dem Worte „sofern“ einzuschalten:

> ihm kein gesetzliches oder privatrechtliches Hinderniß im Wege steht und rc.

Bei der Verhandlung der Kammer der Standesherrn, deren Kommission die Annahme dieses Beschlusses der Kammer der Abgeordneten beantragt hatte, wurde jedoch hiegegen eingewendet, daß auch diese Fassung inkorrekt sei, da gesetzliches und privatrechtliches Hinderniß keine Gegensätze bilden, das privatrechtliche Hinderniß auch ein gesetz-

liches sei, das gesetzliche auch ein privatrechtliches Hinderniß sein könne, sowie daß der beibehaltene Satz des Entwurfes ein Pleonasmus sei, indem er nur im engeren Kreise wiederhole, was schon der unmittelbar vorangegangene Satz ausdrücke. Dieser Ausführung des Freiherrn v. Holzschuher trat die Kammer der Standesherrn unter Annahme des von ihm gestellten Antrags bei, welcher nunmehr, nachdem die Kammer der Abgeordneten dem Beschluß der anderen Kammer zugestimmt hat, als Art. 1 sich in dem Gesetze findet. Hiebei war man sich allerdings bewußt, daß auch nach dieser Fassung die durch Servituten oder Verträge begründeten Baubeschränkungen in Art. 1 keine Erwähnung gefunden haben. Aber man glaubte sich hiebei schließlich, allerdings sehr wenig im Einklang mit der ersten Begründung der Aenderungsvorschläge in der Kammer der Abgeordneten, beruhigen zu können, da „diese Beschränkung so selbstverständlich sei, daß sie einer Erwähnung im Gesetze nicht bedürfe."

Der im Art. 1 ausgesprochene Grundsatz enthält, vom Gesichtspunkte des Privatrechtes aus betrachtet, die Präsumtion für die Freiheit des Eigenthumes.[4] Jeder, welcher den Eigenthümer oder den Besitzer durch eine privatrechtliche Einsprache hindern will, nach seinem Ermessen innerhalb der Grenzen seines Eigenthumes oder Besitzes zu bauen, hat den Beweis eines entgegenstehenden Rechtes und zwar entweder auf Grund der in der Bauordnung enthaltenen nachbarrechtlichen Bestimmungen, oder auf Grund einer durch besonderen Titel erworbenen Servitut oder eines besonderen Vertrags zu erbringen. Da schon

[4] Obwohl das Gesetz nur vom Eigenthümer eines Grundstückes spricht, so steht demselben doch unzweifelhaft der Besitzer gleich, da dieser die Herrschaft des Eigenthümers über die Sache ausübt. Der Art. 1 will offenbar nicht auf eine Unterscheidung zwischen Eigenthum und Besitz hinweisen, sondern nur aussprechen, daß in dem Eigenthum das Recht zu bauen mit der angefügten Beschränkung enthalten ist.

durch den Art. 13 des Gesetzes vom 24. August 1849 betreffend die Beseitigung der Ueberreste älterer Abgaben, der allgemeine Grundsatz ausgesprochen ist, daß der negatorische Kläger niemals, auch wenn die Gegenpartei sich im Quasibesitz einer Belastung des Eigenthumes befindet, die Freiheit desselben zu beweisen hat, so enthält der Art. 1 der Bauordnung hiernach in privatrechtlicher Beziehung nur eine Bestätigung des bestehenden Rechtes.

Nach seiner öffentlich rechtlichen Bedeutung enthält aber der Art. 1 zwei Grundsätze, welche zwar die bisherige Praxis gleichfalls befolgte, deren gesetzliche Grundlage aber nicht klar nachzuweisen war.[5] Es ist nun gesetzlich festgestellt, daß

1) in dem Eigenthum das Recht zu bauen an sich enthalten ist und nicht erst einer Verleihung, Concessionirung durch die polizeiliche Erlaubniß bedarf,

2) daß aber dieses Recht nur innerhalb der durch die bestehenden Baupolizeivorschriften gezogenen Grenzen ausgeübt werden kann, mithin obwohl an sich der Ausfluß des Eigenthumes, eines Privatrechtes, doch seinem inneren Wesen nach im öffentlichen Interesse durch die baupolizeilichen Vorschriften beschränkt ist.

Die wichtigsten Konsequenzen dieser zwei Grundsätze sind:

1) daß der Regel nach der Eigenthümer für keine baupolizeiliche Beschränkung in seinem Rechte zu bauen, wenn dieselbe dem Gesetze gemäß ist, Entschädigung anzusprechen hat, daß derselbe aber

2) wenn er darthut, daß eine ergangene ihn belästigende baupolizeiliche Verfügung in dem Gesetze oder dem innerhalb der gesetzlichen Vollmacht erlassenen Baustatut nicht begründet sei, nicht nur in einem Interesse, sondern in einem subjektiven Rechte[6] verletzt erscheint.

---

[5] Vergl. dieses Archiv Bd. XIV. S. 193, Bd. XV. S. 48 Note 1.

[6] Vergl. dieses Archiv Bd. XIV. S. 190 und 309.

II. Schon mit dem in dem Art. 1 enthaltenen Grundsatz ist die Grundlage für die Bestimmung der Kompetenz in Baustreitigkeiten gegeben. Die Kompetenz speziell ordnend, bestimmt der Art. 74:

> Die Entscheidung der Streitigkeiten, welche die nachbarrechtlichen Bestimmungen dieses Gesetzes (Artikel 56—73, vergl. mit Art. 1) betreffen, kommt den bürgerlichen Gerichten zu.
>
> Für die Anwendung der übrigen Vorschriften dieses Gesetzes sind die Verwaltungsbehörden (Polizei- und Verwaltungsjustizstellen) zuständig.

Die Abgrenzung der Zuständigkeit der Civilgerichte ist hiemit grundsätzlich dem bisherigen Rechte gemäß geordnet und wird in der Anwendung der Regel nach keine Schwierigkeiten bieten. Da die Baupolizeibehörden über die in den nachbarrechtlichen Bestimmungen (Art. 56—73) enthaltenen Vorschriften nicht zu wachen und hierauf gegründete Einwendungen nach Art. 88 Abs. 2, ohne daß sie die baupolizeiliche Behandlung hemmen,[7] an den Civilrichter zu verweisen haben, so kann eine den Eigenthümer beschränkende oder zu einem baulichen Aufwand verpflichtende Verfügung der Baupolizeibehörden nur auf baupolizeilichen Vorschriften beruhen und es kann daher nach Abs. 2 des Art. 74 hiegegen niemals der Civilrichter angerufen werden. Es finden sich nun aber einige Be-

---

[7] Ebensowenig kann die Einwendung, daß der Baulustige nicht Eigenthümer des Grundstückes sei, nach der Vorschrift des Art. 88 Abs. 2 die Baupolizeibehörde veranlassen, die baupolizeiliche Behandlung bis zum Austrag des Eigenthumsstreits zu sistiren. Daß aber, um die polizeiliche Behandlung eines Baugesuches verlangen zu können, der Baubehörde nöthigenfalls der Nachweis der zum Bauen nothwendigen thatsächlichen Herrschaft über das zu überbauende Grundstück, ferner der Nachweis der Handlungsfähigkeit des Ansuchenden geliefert werden muß, ist wohl selbstverständlich. Man kann der Baubehörde doch nicht zumuthen, mit Zukunftsbauprojekten, welche z. B. auf der Hoffnung, ein Grundstück zu erwerben, beruhen, sich zu beschäftigen.

stimmungen, bezüglich welcher gleichwohl die Kompetenzfrage einer besonderen Erörterung bedarf.

1) Der Art. 6 bestimmt folgendes:

> Auf einer bisher nicht überbauten Fläche, welche nach dem Ortsbauplan zu einer Ortsstraße oder zu einem nicht mit Gebäuden zu besetzenden öffentlichen Platze bestimmt ist, darf von Feststellung dieses Planes an kein Bauwesen mehr errichtet werden.
>
> Sowohl in diesem Falle als auch wenn nach Maßgabe des Art. 9 Abs. 3, Art. 22, 23, 28—34 und wegen Anlegung und Erhaltung von Vorgärtchen (Art. 15 Abs. 2) ein Grundstück nicht überbaut werden darf, hat der Eigenthümer für diese Beschränkung keine Entschädigung anzusprechen.
>
> Dagegen kann er verlangen, daß die Gemeinde ein zu einem öffentlichen Platze bestimmtes Grundstück erwerbe, sobald die Grundfläche zu den den Platz umgebenden Straßentheilen erworben ist.

Ebenso kann nach Art. 7 der am Wiederbauen verhinderte Grundeigenthümer verlangen, daß die Gemeinde die für die Straße oder den öffentlichen Platz erforderliche Fläche sofort gegen volle Entschädigung erwerbe.

Diese Bestimmungen greifen in die Lehre von der Zwangsenteignung ein. Durch die Feststellung des Ortsbauplanes wird, was bisher bestritten war, dem Eigenthümer der für Straßen, öffentliche Plätze, Vorgärtchen u. s. f. bestimmten Fläche das an sich in seinem Eigenthum enthaltene Recht zu bauen für diese Fläche ohne das in §. 30 der Verfassungs-Urkunde vorgeschriebene Expropriationsverfahren und ohne Entschädigung entzogen. Da ihm aber die Entziehung dieses Rechtes unter Umständen denselben Nachtheil, wie die Entziehung des Eigenthumes selbst, zufügt, so ist für zwei der exorbitantesten dieser Fälle in Art. 6 Abs. 3 und Art. 7 Abs. 4 das Recht anerkannt, von der Gemeinde die Erwerbung dieser Fläche zu verlangen (der umgekehrte Fall der Expropriation).

Daß nun, wenn in Anwendung dieser Bestimmungen die Verpflichtung der Gemeinde zur Erwerbung der Grundfläche feststeht, auch in diesem Falle ein noch immer möglicher Streit über den zu zahlenden uneigentlichen Expropriationspreis in Anwendung des §. 30 der Verfassungs-Urkunde vor dem Civilrichter zu verhandeln ist, erscheint selbstverständlich. Ebenso ist außer Zweifel, daß auch der Civilrichter bei diesem Streit die Vorschrift des zweiten Satzes des Art. 6, welcher einen Entschädigungsanspruch für die Verhinderung des Bauens in den bezeichneten Fällen ausschließt, anzuwenden hat, obwohl dieß nur eine „baupolizeiliche" Vorschrift ist, daß mithin bei der Feststellung des uneigentlichen Expropriationspreises auch im Civilverfahren in Anwendung der erwähnten Bestimmung der öffentliche Platz nicht als Bauplatz geschätzt werden kann. Wenn nun aber darüber ein Streit entsteht, ob die Gemeinde zur Erwerbung einer Fläche verpflichtet sei, so wird derselbe in der Regel die Form annehmen, daß der bisherige Eigenthümer, welcher am Ueberbauen derselben verhindert wurde, nunmehr die Bezahlung des Kaufpreises verlangt und man könnte versucht sein, zur Entscheidung über diese Forderung den Civilrichter für zuständig zu halten, da diese Klage Nichts anderes als eine Entschädigungsklage für eine nach der Behauptung des Klägers mit dem Bauverbot nothwendig verbundene Eigenthumsentziehung ist. Allein hiegegen spricht der ganz bestimmte Wortlaut des Art. 74. Die Frage, ob die Gemeinde verpflichtet ist, den Platz zu erwerben, ist durch Anwendung der baupolizeilichen Vorschriften des Gesetzes zu entscheiden und ein Streit über den Betrag des zu zahlenden Preises setzt die vorgängige Feststellung der Verpflichtung zur Erwerbung voraus. Die Entscheidung über diesen letzteren Punkt ist präjudiziell für den Streit über die Größe des Preises und daher von der hiefür zuständigen Behörde zu treffen, ehe über die Größe des Preises entschieden werden kann. Daß aber, wenn der Streit über die Verpflichtung

zur Erwerbung entschieden ist, alsdann die Lage der Sache dieselbe ist, wie wenn im Expropriationsverfahren die Nothwendigkeit der Abtretung festgestellt ist und daß daher nach diesem Stadium in Anwendung des §. 30 der Verfassungs-Urkunde der Streit über die Größe der Entschädigung vor den Civilrichter gehört, wird ebendeßhalb und nach allgemeinen Grundsätzen [8] keinem begründeten Zweifel unterliegen.

2) Der Art. 8 lautet:

> Soweit in Folge der Durchführung der in dem Ortsbauplane festgesetzten Straßenvisire die Besitzer von Gebäuden, welche schon vor Feststellung jenes Visirs an der richtig zu legenden Straße errichtet waren, in der seitherigen Benützung ihrer Gebäude beeinträchtigt werden, oder um dieselben sich zu erhalten, zu baulichen Aenderungen gezwungen sind, können sie von der Gemeinde den Ersatz ihres Schadens beanspruchen.
>
> Bei der Festsetzung der Entschädigung ist zu Gunsten der Gemeinde der Mehrwerth in Berechnung zu nehmen, welcher durch die neue Einrichtung der betreffenden Liegenschaft zuwächst.

Zu Begründung dieser Gesetzesbestimmung, welche ihre Entstehung einem Antrag der Kommission der Kammer der Abgeordneten verdankt, ist in dem Berichte nur kurz unter Verweisung auf eine in Seuffert's Archiv [9] veröffentlichte Entscheidung des Oberappellationsgerichts in Rostock bemerkt, daß eine solche Verpflichtung schon nach gemeinem Rechte anerkannt worden sei. Nach dieser Begründung und nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen müßte man sich für die Zuständigkeit des Civilgerichts zur Verhandlung über einen auf diese Gesetzesbestimmung gestützten Entschädigungsanspruch entscheiden. Es ist hiemit in der Sache selbst ein Entschädigungsanspruch gesetzlich für einen durch

---

[8] Vergl. dieses Archiv Bd. XV. S. 31 und S. 36.

[9] Bd. XXII. S. 217.

die öffentliche Gewalt erfolgten Eingriff in das Privatrecht der Einzelnen anerkannt, dessen Geltendmachung die Verfügung der öffentlichen Gewalt durchaus unberührt läßt und sich ausschließlich auf dem vermögensrechtlichen Gebiete bewegt. Allein der Wortlaut des Art. 74 schließt die Zuständigkeit des Civilrichters so bestimmt aus, daß man ohne eine anderweitige gesetzliche Bestimmung dieselbe wird verneinen müssen. Bei einem Streite über diese Entschädigungspflicht handelt es sich lediglich um die Anwendung der angeführten gesetzlichen Bestimmung, welche nicht unter die nachbarrechtlichen Vorschriften aufgenommen und daher nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes unter den zweiten Absatz des Art. 74 zu stellen ist. Es kann sich hiegegen auch nicht wie in dem Falle des Art. 6 auf den §. 30 der Verfassungsurkunde berufen werden, da nicht die Entziehung eines Rechts in Frage steht.

3) Der Regierungsentwurf enthielt in Art. 65, in dem Abschnitt über nachbarrechtliche Bestimmungen, die Anerkennung des privatrechtlichen Grundsatzes, daß der Eigenthümer eines Grundstücks nicht gehindert ist, auf demselben Brunnen und Cisternen zu errichten, auch wenn hiedurch dem Nachbar das Quellwasser entzogen wird. Nur wenn hiedurch oder durch die zufällige Eröffnung einer Quelle ein dringendes öffentliches Interesse beeinträchtigt wird, sollte nach dem Entwurf der Polizeibehörde das Recht des Verbots und des Verschlusses der Quellöffnung zustehen, bis die Entscheidung über einen Expropriationsantrag herbeigeführt ist. Im Fall der Beschädigung oder Gefährdung einer öffentlich benützten Heilquelle war ein Entschädigungsanspruch des in seinem Rechte hiedurch beschränkten Eigenthümers für unstatthaft erklärt. Gegen diesen Artikel und für das bestehende Recht hatte sich schon der erste von der Kommission der Kammer der Standesherrn erstattete Bericht in ausführlicher Begründung erklärt.[10] Die Kom-

[10] **Vergl. dieses Archiv Bd. XIV. S. 251 u. f., insbes. S. 260.**

mission der Kammer der Abgeordneten hatte Annahme des Artikels des Entwurfs mit Ausnahme des zu Gunsten der öffentlichen Heilquellen gemachten Vorbehalts beantragt, die Kammer der Abgeordneten dagegen auf den Antrag des Abgeordneten v. Schwandner die unveränderte Annahme des Regierungsentwurfs beschlossen. Der zweite Bericht der Kommission der Kammer der Standesherrn begründete wiederholt und eingehend ihre frühere abweichende Ansicht und die Kammer der Standesherrn beschloß dem abgeänderten Kommissionsantrage gemäß folgenden Artikel 65 statt des Artikels des Entwurfs:

> Der Eigenthümer eines Grundstücks ist nicht befugt, durch Anlage eines Brunnens oder einer Cisterne auf demselben den bereits vorhandenen Brunnen eines Andern erheblich zu benachtheiligen.
>
> Außerdem kann die Polizeibehörde, wenn und soweit durch eine solche Anlage ein erhebliches öffentliches Interesse beeinträchtigt oder eine öffentlich benützte Heilquelle beschädigt oder gefährdet wird, die Errichtung des Brunnens oder der Cisterne untersagen und die Wiederherstellung des bisherigen Zustandes anordnen.
>
> Was vorstehend von der Anlage von Brunnen gesagt ist, gilt auch von der zufälligen Eröffnung einer Quelle.

Die Kammer der Abgeordneten beharrte zwar in der Sitzung vom 10. April nach dem Antrage ihrer Kommission auf ihrem früheren Beschlusse, trat aber, in der Sitzung vom 13. April, um durch diese Differenz nicht das ganze Gesetz in Frage zu stellen, dem von der Kammer der Standesherrn gemachten Gegenvorschlag bei, welcher als Art. 64 des Gesetzes lautet:

> In Beziehung auf das Recht, Brunnen und Cisternen zu graben, sowie hinsichtlich des Wasserlaufes und der Wasserbenützung bleibt es vorerst bei den be-

stehenden Rechtsnormen (vgl. Bauordnung Titel von Bronnen S. 69.)

Ueber das bestehende Recht ist auf die frühere Mittheilung in diesem Archiv [11] zu verweisen. Obwohl hierüber in der Kammer der Abgeordneten verschiedene Auffassungen sich geltend machten, so wird man doch zur Zeit nach den a. a. O. mitgetheilten Entscheidungen als geltendes Recht bezeichnen können, daß der Eigenthümer privatrechtlich nicht gehindert ist, Brunnen und Cisternen auf seinem Grundstück herzustellen, auch wenn er dadurch das Wasser dem bereits vorhandenen Brunnen eines Andern entzieht, daß jedoch in Anwendung der angeführten Bestimmung der Bauordnung die Polizeibehörde befugt ist, hiegegen einzuschreiten, wenn das öffentliche Interesse beeinträchtigt wird, daß mit andern Worten die Civilgerichte eine Beschränkung dieser Befugniß des Eigenthümers nicht anerkennen, dagegen die Polizeibehörden und der Königl. Geheimerath als oberste Administrativjustizbehörde im Falle einer an ihn von dem Eigenthümer gebrachten Beschwerde das öffentliche Interesse gegen die Beeinträchtigung durch eine Aenderung des Eigenthümers schützen. Nun ist aber der Art. 64 unter die nachbarrechtlichen Vorschriften des Gesetzes gestellt und man könnte daher versucht sein, in Anwendung des Art. 74 einen Streit über diesen Gegenstand, ohne Unterschied, ob es sich um die Collision von Privatinteressen oder die Collision des Eigenthums mit dem öffentlichen Interesse handelt, ausschließlich der Kompetenz des Civilrichters zuzuweisen. Es ist kaum daran zu zweifeln, daß in diesem Falle das absolut unbeschränkte Recht des Eigenthümers zur Geltung käme. Dieß würde aber unzweifelhaft der Intention der Kammer der Standesherrn widersprechen und es kann daher auch dem Beschluß der Kammer der Abgeordneten dieser Sinn nicht beigelegt werden. Auch der Wortlaut des Art. 64 würde dieser

---

[11] Bd. XIV. S. 251 u. f.

Folgerung aus Art. 74 widersprechen. Denn indem der Gesetzgeber ausdrücklich das bestehende Recht bestätigt, sind auch die zur Zeit geltenden Grundsätze über die Grenze der civilgerichtlichen und administrativgerichtlichen Kompetenz anerkannt. Man gelangt daher nach dem Grundsatz, lex specialis derogat generali, zu dem Ergebniß, daß der Eigenthümer gegen eine aus Rücksichten des öffentlichen Interesses von der Polizeibehörde ergangene Beschränkung seiner Befugniß, Brunnen und Cisternen zu graben, nicht den Civilrichter anrufen, sondern nur nach Maßgabe des §. 60 Ziff. 1 der Verfassungsurkunde Beschwerde bei dem Königl. Geheimenrath erheben kann.

III.) Wenn und soweit nach dem Ausgeführten in Baustreitigkeiten der Civilrichter nicht zuständig ist, sind dieselben nach Abs. 2 des Art. 74 von den Polizei- und Verwaltungsjustizstellen zu erledigen. Darüber, in welchen Fällen die ersteren ausschließlich zuständig sind und in welchen Fällen ein Streit oder eine Beschwerde auch im Verwaltungsrechtswege, d. h. in letzter Instanz bis zu dem Königl. Geheimenrath verfolgt werden kann, mit andern Worten über die Grenze von Verwaltung und Verwaltungsjustiz enthält das Gesetz außer dem in Art. 1 ausgesprochenen Grundsatz (oben I) keine ausdrückliche Bestimmung. Man ist daher bezüglich dieser Frage auf die allgemeinen Grundsätze angewiesen, welche allerdings im Wesentlichen nur auf der Praxis der Rechtsprechung, namentlich des Königl. Geheimenraths beruhen und zahlreichen Zweifeln Raum geben, die durch das Gesetz vom 13. Novbr. 1855 betreffend die Rechtsmittel in Verwaltungssachen noch vermehrt werden.

Nach den früheren Erörterungen des Verfassers hierüber an der Hand ergangener Entscheidungen des Königl. Geheimenraths wird man zu folgendem Ergebniß gelangen:

1) Nur in einer Verwaltungsjustizsache ist eine Beschwerde an die oberste Verwaltungsjustizbehörde, zur Zeit den Königl. Geheimenrath, zulässig.

2) Eine Verwaltungsjustizsache ist ohne Unterschied, ob sich zwei Partheien oder ein Einzelner und das durch die Polizeibehörde vertretene öffentliche Interesse gegenüberstehen, vorhanden, wenn die Verletzung eines subjektiven Rechts, nicht aber wenn die Verletzung eines Interesses den Gegenstand der Beschwerde bildet.

3) Wie schon oben dargethan wurde, so liegt, nachdem in Art. 1 das Baurecht des Eigenthümers ausdrücklich anerkannt ist, stets eine Verwaltungsjustizsache vor, wenn der Eigenthümer behauptet, im Widerspruch mit dem bestehenden Recht durch eine Verfügung der Baupolizeibehörde in seinem (subjektiven) Baurecht beschränkt oder durch eine solche Verfügung ohne Rechtsgrund vermögensrechtlich belastet zu sein. Dieß trifft auch dann zu, wenn in Anwendung der Vorschrift des Art. 93 Abs. 3 die Baupolizeibehörde Zwangsmaßregeln zur Umgestaltung oder Beseitigung begonnener oder ausgeführter Bauwesen wegen Verletzung der Bauvorschriften anordnet und der Eigenthümer sich hiedurch, sei es weil er die Verletzung von Vorschriften bestreitet, sei es wegen der Art der Anordnung verletzt erachtet.

4) Dagegen hat der Regel nach derjenige, welcher sich auf die nicht im vierten Abschnitt unter den nachbarrechtlichen Bestimmungen des Gesetzes enthaltenen Vorschriften beruft, um eine Einwendung gegen ein beabsichtigtes Bauunternehmen zu begründen, kein subjektives Recht hiezu. Er verfolgt nur unter Berufung auf das öffentliche Recht ein eigenes Interesse, welches von dem Gesetzgeber nicht als sein subjektives Recht anerkannt ist. Hätte der Gesetzgeber mit den baupolizeilichen Vorschriften ein Recht der Einzelnen anerkannt, so wäre ein großer Theil derselben unter die nachbarrechtlichen Bestimmungen aufzunehmen gewesen. Einige Beispiele genügen, um dieß zu beweisen.

In Art. 23 ist über die größte zulässige Höhe der Gebäude bestimmt, daß sie von der Oberfläche der Straße

bis zum Dachtrauf gemessen, die Breite der Straße in der Regel um mehr als 4,5 Meter nicht übersteigen soll. Unzweifelhaft hat der Nachbar neben und gegenüber dem Neubau ein unmittelbares Interesse dabei, daß diese Vorschrift eingehalten werde. Allein diese Bestimmung gewährt ihm als Einzelnen kein Recht auf ihre Einhaltung, sie ist nur im öffentlichen Interesse ergangen und ein Streit hierüber zwischen dem Baulustigen, der die Bauerlaubniß erhalten hat, und dem hiebei interessirten Nachbar kann seine Erledigung nur im Wege der Verwaltungsverfügung, nicht im Wege der Rechtsprechung finden. Auch wenn der letztere behauptet, daß durch eine ertheilte Bauerlaubniß diese gesetzliche Bestimmung verletzt sei, kann er doch nicht behaupten, daß er hiedurch, abgesehen von der auf ein Privatrecht gestützten Einsprache in seinem Recht verletzt sei. Würde der Nachbar ein Recht auf die Einhaltung dieser Bestimmung haben, so wäre sie unter die nachbarrechtlichen Vorschriften einzureihen gewesen und unzweifelhaft eingereiht worden.

Nach Art. 31 ist über die Entfernung neuer Bauten von Waldungen, Lager-, Holzabstoß- und Wasenplätzen, Eisenbahnlinien, Landstraßen und öffentlichen Wassern, sowie von Friedhöfen durch das Ortsbaustatut, oder im einzelnen Falle Bestimmung zu treffen. Der Eigenthümer einer Waldung, eines Lager- oder Holzabstoßplatzes ist wegen der Feuersgefahr, die mit allzugroßer Nähe bewohnter Gebäude mit Feuereinrichtung verbunden ist, unmittelbar dabei interessirt, daß die zum Schutze gegen Feuersgefahr nöthige Entfernung eingehalten werde. Da aber nach dem Gesetze der Verwaltung die Bestimmung dieser Entfernung in dem Ortsbaustatut oder im einzelnen Falle zukommt, so hat der Eigenthümer angeblich gefährdeter Objekte kein Recht auf Einhaltung einer bestimmten Entfernung und kann mithin, auch wenn er behauptet, sein Interesse sei durch die getroffene Verfügung gefährdet, nicht behaupten, er sei hiedurch in seinem Rechte verletzt. Selbst wenn

im Widerspruch mit der in dem Ortsbaustatut getroffenen Vorschrift eine Bauerlaubniß ertheilt würde, könnte derselbe nicht als in einem Rechte verletzt erachtet werden, da auch das Ortsbaustatut lediglich eine im öffentlichen Interesse für nothwendig erkannte Norm gibt, ohne dem Einzelnen, dessen Interesse bei dem Bau des Dritten betheiligt ist, ein Recht auf deren Beobachtung einzuräumen.[12]

Nach Art. 46 bleibt den Ortsbaustatuten vorbehalten, in Städten von größerer Bedeutung und in solchen Orten, bei welchen eigenthümliche Verhältnisse zutreffen, über die Anordnung des Aeußeren der Gebäude Vorschriften zu ertheilen. Nach Abs. 2 dieses Artikels dürfen keine Farben beim Anstreichen der Gebäude verwendet werden, welche für die Umgebung in gesundheitspolizeilicher Beziehung nachtheilig sind. Daß bei der Einhaltung dieser Vorschriften die Nachbaren wiederum unmittelbar betheiligt sind, leuchtet ein. Allein der Gesetzgeber hat denselben ein Recht auf die Handhabung dieser Vorschrift, welches sie unzweifelhaft auch bisher nicht hatten, nicht eingeräumt. Die Verletzung eines solchen kann daher auch im Falle einer Verfügung der Baupolizeibehörde, durch welche sich die Nachbarn in ihren Interessen verletzt erachten, nicht in Frage kommen. Wenn also ein Nachbar einen bestimmten baupolizeilich unbeanstandeten Anstrich gleichwohl für gesundheitsschädlich bezeichnen würde und ihm ein technisches Gutachten in seinem Sinne zur Seite stünde, so könnte er gleichwohl nicht als in einem Rechte verletzt erachtet werden.

Dasselbe Verhältniß besteht *der Regel* nach bei allen übrigen in dem Gesetze außer dem vierten Abschnitte enthaltenen Bestimmungen, was einer näheren Begründung im Einzelnen nicht bedürfen wird. Bei einigen derselben, wo die Sache selbst eine andere Auffassung nahe legen konnte, ist dieß im Gesetze ausdrücklich hervorgehoben.

Nach Art. 21 Abs. 3 kann das Hervortreten einzel-

---

[12] Vergl. *dieses* Archiv oben S. 329 bis 331.

ner über den Boden hervorstehender Gebäudetheile über die Baulinie durch das Ortsstatut insoweit gestattet werden, als dieß mit den Rücksichten auf Gesundheit, Sicherheit und Verkehr auf den Straßen und Plätzen vereinbar und nicht für die Nachbargebäude mit erheblichen Nachtheilen verbunden ist. Man könnte aus den gesperrt gedruckten Worten zu der Folgerung gelangen, daß hiermit ein Recht der Nachbarn, gegen hervorstehende Gebäudetheile Einsprache zu erheben, wenn ihnen hiedurch erhebliche Nachtheile, z. B. die Versperrung der Aussicht in erheblichem Maaße zugehen, habe anerkannt werden wollen. Allein ausdrücklich wird in dem folgenden Absatz bestimmt, daß die Gestattung des Hervortretens einzelner Gebäudetheile über die Baulinie, wenn ein Ortsbaustatut nicht verhanden ist, oder dasselbe keine einschlägige Bestimmung enthält, „von dem Ermessen und den Vorschriften der Polizeibehörde abhänge." Hiemit ist ausdrücklich die Annahme eines Rechtes der Nachbarn, gegen Vorsprünge Einsprache zu erheben, ausgeschlossen. Da abgesehen von den Vorschriften des Baustatutes das Ermessen entscheidet, so hat weder der Eigenthümer des Baues ein Recht auf Gestattung solcher Vorsprünge, wofern ihm nicht das Baustatut zur Seite steht, noch der Nachbar ein Recht, gegen die Gestattung solcher aus seinem subjektiven Recht Einsprache zu erheben. Allerdings ist die Polizeibehörde verpflichtet, das Gesetz richtig anzuwenden, mithin Vorsprünge, welche für die Nachbargebäude mit erheblichen Nachtheilen verbunden sind, nicht zu gestatten; allein nicht auf Realisirung eines Rechtes der Nachbarn, sondern nur auf Realisirung des Gesetzes, des objektiven Rechts geht diese Pflicht.

Ganz ebenso verhält es sich mit Art. 29. Dieser Artikel bestimmt, daß in einem Orte, wo Abstände zwischen den Gebäuden ohne Unterschied der Bauart vorgeschrieben waren, wenn eine solche polizeiliche Vorschrift nicht mehr besteht, der durch den Abstand entstandene

Zwischenraum zwischen zwei jener Vorschrift gemäß gebauten Gebäuden nur insoweit überbaut werden darf, als daraus dem Eigenthümer der benachbarten Gebäude kein erheblicher Nachtheil erwächst. Um aber die Annahme eines Verhinderungs*rechtes* des Nachbars auszuschließen, ist die Entscheidung darüber, ob jene Voraussetzung zutreffe, durch das Gesetz „dem *Ermessen* der Polizeibehörde" ausdrücklich vorbehalten.[13]

Hierher gehört endlich die Bestimmung des Art. 32, welcher das bisherige Verbot des Bauens außerhalb Etters aufhebt, in Abs. 2 aber das Verbot des Bauens außerhalb Etters aus feuer- und sicherheitspolizeilichen Gründen zuläßt und in Abs. 3 ausdrücklich bestimmt, daß „über von Dritten erhobene Einsprachen die Polizeibehörden entscheiden", welche Bestimmung keine andere Bedeutung haben kann, als daß die Betretung des Administrativrechtsweges von Seiten Dritter, welche Einsprache erheben, ausgeschlossen ist.

Das Gesetz ist hiebei ganz konsequent verfahren, da, wie bemerkt, die baupolizeilichen Vorschriften, auch wo ihr Zweck der Schutz der Interessen der Nachbaren ist, diesen keine besonderen Rechte auf deren Einhaltung einräumen, ihre Interessen vielmehr lediglich unter den allgemeinen Schutz der gesetzmäßigen Verwaltung stellen. Wenn je hierüber noch ein Zweifel bestände, so müßte er Angesichts des Art. 76 verschwinden. Nach Art. 76 ist die Dispensation von den durch das Gesetz, Verordnungen oder Ortsbaustatuten unbedingt ertheilten polizeilichen Vorschriften für einzelne dringende Fälle von besonderer Natur dem Ministerium des Innern insoweit vorbehalten, als nicht dadurch dem Rechte oder erheblichen *Interessen* eines Dritten Eintrag geschieht. Würden die baupolizeilichen Bestimmungen, wo sie den Schutz der Interessen einzelner Staatsbürger zum Zweck haben, diese Interessen zu subjektiven Rechten erhoben haben, so hätte die Dispensationsgewalt, welche der

[13] Vgl. dieses Archiv oben S. 331—334.

Gesetzgeber hiermit, wenn gleich unter selbstverständlichen
Einschränkungen anerkannt hat, keinen Raum.

Dieser allgemeine Grundsatz wird endlich durch eine wei-
tere Erwägung bestätigt. Wollte man in einzelnen Fällen die
Erhebung des Einzelninteresses zu einem subjektiven Rechte
anerkennen, wo die Absicht der baupolizeilichen Vorschrift
das Einzelinteresse zu schützen, klar vorliegt, so wäre nicht
abzusehen, wo die Grenze liegt, welchen baupolizeilichen
Bestimmungen diese Wirkung zukommen soll und welchen
nicht. Es kann nicht bei jeder einzelnen Bauvorschrift er-
mittelt werden, ob ihr Zweck der Schutz der Interessen der
Nachbarn, oder eine allgemeine Rücksicht auf das öffent-
liche Wohl ist, bei dessen Verfolgung ganz unbekannte
Einzelne interessirt sein können. So sind z. B. bei der
Einhaltung der zum Schutz gegen Feuersgefahr gegebe-
nen Vorschriften ebensowohl die Nachbarn, als die
Brandversicherungsanstalt ganz unmittelbar interessirt.
Gleichwohl denkt unzweifelhaft Niemand daran, daß
diese Betheiligten für sich *ein Recht* auf die Einhal-
tung dieser Vorschriften haben. Sie sind befugt, wie jeder
Staatsbürger ihre Interessen durch die Hinweisung der
Polizeiverwaltung auf das Gesetz, durch die Denuntiation
von Zuwiderhandlungen, durch die Beschwerden im Ver-
waltungswege zu wahren. Aber daß durch eine Contra-
vention *ihr* Recht verletzt sei, wird Niemand behaupten.
Was aber von diesen Vorschriften gilt, muß *der Regel*
nach von allen baupolizeilichen Bestimmungen gelten, in
deren Begriff es liegt, daß sie nur Normen für die Ver-
waltung geben, kein Recht Einzelnen verleihen.

5) Uebrigens ist diese Regel nicht ohne Ausnahmen,
nur müssen nach dem eben Ausgeführten *diese Ausnah-
men* bewiesen, d. h., es muß in dem einzelnen Falle, in
welchem ein Einzelner (oder eine Gemeinde oder Corpora-
tion als Vermögenssubjekt) behauptet, durch eine baupoli-
zeiliche Verfügung oder eine unter die baupolizeilichen Be-
stimmungen zu stellende Handlung eines Bauenden in *seinen*

Rechte verletzt zu sein, und deßhalb ein Recht der Klage bzw. Beschwerde im Verwaltungsjustizweg, bis an den Geheimerath zu haben, dargethan sein, daß das Gesetz ein subjektives Recht anerkennt, welches in Frage steht. Dieß ist

A. nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen und nach der Natur der Sache [14] in allen Fällen anzunehmen, in welchen das Gesetz aus baupolizeilichen Gründen Jemand zu einer vermögensrechtlichen Leistung verpflichtet. Wenn auf Grund einer solchen Gesetzesbestimmung eine Leistung verlangt oder auferlegt ist, zu welcher verpflichtet zu sein, der Beanspruchte bestreitet, so liegt, wenn seine Behauptung thatsächlich begründet ist, unzweifelhaft die Verletzung eines subjektiven Rechtes vor, welche nach dem öffentlichen Rechte, in Anwendung der baupolizeilichen Gesetzes- oder Statutenvorschriften, zu beurtheilen ist und über welche daher das Verwaltungsgericht zu entscheiden hat. Hierher gehören

a) diejenigen Bestimmungen, in welchen den Gemeinden Leistungen für baupolizeiliche Zwecke auferlegt sind, wobei ihnen nach dem Gesetz entweder Einzelne als Berechtigte gegenüberstehen oder die Verpflichtung eine einseitige ohne ein gegenüberstehendes Einzelnrecht ist. Beispiele der letzten Art sind die Art. 10, Art. 13 Abs. 1, 2 und 3. Beispiele der ersten Art bieten Art. 6 Abs. 3, Art. 7 Abs. 4, Art. 8. Die Frage, ob eine Gemeinde verpflichtet ist, die zu einem öffentlichen Platze, oder im Falle des Art. 7 zu einer Straße bestimmte Fläche zu erwerben, ob ein Hauseigenthümer wegen der ihm durch Veränderung der Straßenvisire zugegangenen Nachtheile zu entschädigen ist und in welchem Betrag, ist Gegenstand der Administrativrechtsprechung ebenso wie die Frage, ob die Gemeinde eine Straße zu eröffnen hat (Art. 13 Abs. 1 u. 2), in welchem Zustande sie dieselbe herzustellen hat, daß sie für den darauf stattfindenden Verkehr brauchbar ist (Art. 10),

---

[14] Vergl. meine Ausführung in Bd. XIV. S. 191 u. f., Bd. XV. S. 13 u. f., S. 44 u. f.

nur mit dem Unterschied, daß in den erstgenannten Fällen sich ein verpflichtetes und ein berechtigtes Rechtssubjekt (Gemeinde oder Einzelner) gegenüber stehen, während in den letztgenannten nur ein verpflichtetes Subjekt, die Gemeinde, der öffentlichen Gewalt gegenüber steht.

b) Das Gesetz verpflichtet auch Einzelne zu Leistungen für baupolizeiliche Zwecke, oder läßt ihre Verpflichtung hierzu im Wege der Ortsbaustatuten zu, in den Fällen der Art. 11 Abs. 3, Verpflichtung zur Leistung eines Beitrags an die Gemeinde für die Benützung ihrer unterirdischen Wasserabzugskanäle, Art. 13 Abs. 4, Verpflichtung des Hauseigenthümers zu Herstellung von Zufahrten an die Häuser von der nächsten Ortsstraße, Art. 15, Verpflichtung der Eigenthümer zur Theilnahme an dem Aufwand für Herstellung neuer Ortsstraßen im Falle einer statutarischen Feststellung dieser Pflicht.

B. In einigen Fällen hat sodann das Gesetz, welches hierbei in der Reichsgewerbeordnung seine Ergänzung findet, ausdrücklich ein Recht des Einzelnen auf Beobachtung der baupolizeilichen Vorschriften anerkannt. Diese Fälle sind:

a) Zur Errichtung von Anlagen, welche durch die örtliche Lage oder die Beschaffenheit der Betriebsstätte für die Besitzer oder Bewohner der benachbarten Grundstücke oder für das Publikum überhaupt erhebliche Nachtheile, Gefahren oder Belästigungen herbeiführen können, ist nach dem §. 16 der Reichsgewerbeordnung, auf welchen der Art. 30 der Württ. Bauordnung einfach verweist, die Genehmigung der nach den Landesgesetzen zuständigen Behörden erforderlich. Ueber die Einwendungen gegen diese in §. 16 der Reichsgewerbeordnung einzeln aufgezählten Anlagen ist, soweit sie nicht privatrechtlicher Natur und daher an den Civilrichter zu verweisen sind, nach §. 19 der Reichsgewerbeordnung „mit den Partheien vollständig" zu verhandeln und jeder Theil, mithin nicht nur der Eigenthümer, welcher in seinem Baurecht sich gesetzwidrig beschränkt erachtet, sondern auch der Dritte, welcher Ein-

wendungen erhoben hat (§. 22 Ziff. 4 der Reichsgewerbeordnung), hat nach Maßgabe der §. 20 und 21 der Reichsgewerbeordnung und der hierüber zu erlassenden (in Württemberg allerdings bis jetzt noch fehlenden) Landesgesetze ein Rekursrecht an eine administrativrichterliche Behörde. Hiermit ist ein subjektives Recht des Dritten, solche Anlagen unter gewissen Voraussetzungen zu verhindern, von dem Gesetzgeber ausdrücklich anerkannt.[15]

b) Dasselbe gilt nach Maßgabe des §. 24 der Reichsgewerbeordnung von Dampfkesseln.

Durch diese gesetzlichen Bestimmungen ist in der Hauptsache diejenige Auffassung, welche in Württemberg, wenn gleich nicht ohne gerechte Bedenken über die gesetzmäßige Grundlage schon bisher von der Praxis bei Streitigkeiten dieser Art vorzüglich an der Hand der Ministerialverfügung vom 21. September 1854 recipirt war,[16] gesetzlich festgestellt. Nur ist das Reichsgesetz insolange in Württemberg noch eine lex imperfecta, als nicht durch ein Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege die Instanzen auf zwei beschränkt sind und die Forderung des §. 21 erfüllt ist,

---

[15] Der Fall des §. 51 der Reichsgewerbeordnung, durch welchen der Verwaltungsbehörde die Befugniß eingeräumt ist, die fernere Benützung einer jeden gewerblichen Anlage wegen überwiegender Nachtheile und Gefahren für das Gemeinwohl vorbehältlich des vollen Ersatzes zu untersagen, gehört als Eingriff der öffentlichen Gewalt in ein Vermögensrecht nicht hierher. Das von der Reichsgewerbeordnung ausdrücklich anerkannte Beschwerderecht des Eigenthümers gegen ein solches Verbot (§. 51) folgt aus dem allgemeinen in der Rechtsprechung des Königl. Geheimenrathes befolgten Grundsatz und ist nur eine reichsgesetzliche Bestätigung der Richtigkeit dieses Grundsatzes. Vergl. dieses Archiv Bd. XIV. S. 191—194, S. 309, Bd. XV. S. 13—16. Nicht zu verwechseln mit dem im Texte erörterten öffentlich-rechtlichen Einspruch erecheint selbstverständlich das privatrechtliche Einspracherecht gegen Einrichtungen, durch welche materielle Stoffe (Dämpfe, Gase, Rauch, Ruß ꝛc.) auf das Grundstück des Nachbars versendet werden, worüber der Art. 65 in den nachbarrechtlichen Bestimmungen die nöthigen Normen gibt.

[16] Dieses Archiv Bd. I. S. 147—159, Bd. XIV. S. 246, 311, 312.

daß die collegiale Behörde, welche die zweite Instanz bildet, in öffentlicher Sitzung verhandelt und entscheidet.

c) Der Art. 11 Abs. 1 der Bauordnung bestimmt, daß die Gebäudebesitzer nicht befugt sind, Wasser und andere Flüssigkeiten auf die Orts- und sonstigen öffentlichen Straßen und Plätze auslaufen zu lassen, daß sie aber berechtigt sind, die zu Ableitung des Wassers bestimmten öffentlichen Einrichtungen, soweit daraus keine polizeilichen Unzuträglichkeiten entstehen, zu benützen. Da hiemit durch das Wort „berechtigt" unzweifelhaft ein, wenn gleich durch den Zwischensatz beschränktes, Recht der Gebäudebesitzer auf Benützung der öffentlichen Einrichtungen zur Ableitung des Wassers von dem Gesetzgeber anerkannt ist, für dieses öffentliche Recht aber nach Art. 74 der Schutz des Civilrichters nicht angerufen werden kann, so unterliegt es keinem Zweifel, daß hierüber im Streitfall das Verwaltungsgericht zu entscheiden hat.

IV. Ueber das Verfahren und das Beschwerderecht in Bauangelegenheiten, welche sich nicht auf die nachbarrechtlichen Bestimmungen beziehen uud daher nach Art. 74 Abs. 1 nicht vor den Civilrichter gehören, enthält die Bauordnung einige Bestimmungen, welche noch einer Erörterung bedürfen.

Der Art. 90 schreibt vor, daß auf das Verfahren vor den Verwaltungsbehörden bei Streitigkeiten, welche unter dem Art. 1 Abs. 1 des Gesetzes über die Rechtsmittel in Verwaltungsjustizsachen vom 13. November 1855 fallen, die Art. 2—17 dieses Gesetzes, bei anderen Fällen die Art. 7—10 Anwendung finden. Zugleich enthält das Gesetz einige wenige ergänzende, bezw. abändernde Bestimmungen. Die Frist des Art. 7 Abs. 1 des Gesetzes von 1855 von 10 Tagen zur Anmeldung und 30 Tagen zur Ausführung des Rekurses wird auf 5 und 15 Tage herabgesetzt. Ferner wird vorgeschrieben, daß alle baupolizeilichen Entscheidungen der Behörden dem Bauunternehmer und denjenigen Betheiligten, welche Einwendungen

gegen das Bauwesen erhoben haben, urkundlich zu eröffnen sind, auch dem Bauunternehmer im Falle der Genehmigung eines Bauwesens eine Urkunde darüber, sowie eine amtlich beglaubigte Ausfertigung des Bauplanes unter Aufnahme der ertheilten besonderen Vorschriften zuzustellen ist (Art. 89). Nach Art. 88 Abs. 1 werden Einwendungen nicht privatrechtlicher Natur von Seiten der betheiligten Nachbarn und Behörden, sofern ihnen ordnungsmäßig zur Wahrung ihrer Rechte und Interessen Gelegenheit gegeben war, für ausgeschlossen erklärt, sobald das betreffende Bauwesen endgültig gestattet worden ist. Endlich sind von der Einlegung eines Rechtsmittels die sonst Betheiligten unverweilt in Kenntniß zu setzen.

Die Anwendung dieser Vorschriften wird ergeben, daß dem Gesetze in diesem Theile eine klarere Unterscheidung der verschiedenen Fälle zu wünschen gewesen wäre.

Daß die in Art. 89 gegebenen Vorschriften auf alle Bauangelegenheiten, ohne Unterschied, ob sie bloße Verwaltungssachen, oder Verwaltungsjustizsachen sind, Anwendung finden, unterliegt keinem Anstand. Mit dem im Art. 89 gebrauchten Ausdrucke „baupolizeiliche Entscheidungen" sind offenbar alle über Baugesuche ergangenen Verfügungen, sowohl die Erkenntnisse im administrativgerichtlichen Verfahren, als die Verwaltungsverfügungen gemeint.

Nicht so einfach liegt die Sache bei Art. 90 und Art. 88 Abs. 1. Der Art. 90 unterscheidet zwischen Streitigkeiten, die unter den Art. 1 des Gesetzes von 1855 fallen und anderen Fällen. Da aber diese anderen Fälle nicht näher bezeichnet werden, so entsteht der Zweifel, ob die Bestimmung, wonach auf dieselben die Art. 7—10 des Gesetzes von 1855 Anwendung finden sollen, auch auf solche Beschwerden zu beziehen ist, welche nur Verwaltungsbeschwerden sind, welche nicht die Wahrung eines subjektiven Rechtes, sondern nur die Aufrechterhaltung des Gesetzes zum Gegenstand haben, d. h. welche zwar in Anwendung des §. 36 der Verfassungs-Urkunde bis an das Ministerium

des Innern, nicht aber nach der constanten Rechtsprechung des Königl. Geheimenrathes in Anwendung des §. 60 Ziff 1 der Verfassungs-Urkunde auch an diese höchste Administrativjustizbehörde gebracht werden können.

Im Falle der Bejahung dieser Frage drängen sich erhebliche Bedenken gegen die Zweckmäßigkeit und Richtigkeit einer solchen Bestimmung auf. Es ist hiernach beispielsweise die Beschwerde eines Nachbars, daß in einer die baupolizeiliche Erlaubniß zu einem bestimmten Bauwesen aussprechenden Verfügung die gesetzlichen Vorschriften über die im Interesse der Feuersicherheit nöthigen Einrichtungen nicht beobachtet seien, nach Ablauf der Frist von 5 und 15 Tagen formell ausgeschlossen, d. h. die höhere Behörde hätte keinen Grund, die Richtigkeit dieser Beschwerde materiell zu prüfen. Nun ist der Ausschluß der Beschwerde durch Ablauf einer Frist unzweifelhaft ganz begründet, wenn die Beschwerde die Verfolgung eines subjektiven Rechts ist. In diesem Falle ist es gerechtfertigt, in der Unterlassung der rechtzeitigen Erhebung der Beschwerde den Verzicht auf die Rechtsverfolgung zu sehen und dieselbe später im Widerspruch hiemit nicht zuzulassen, wie in dem Rechtsmittelgesetz von 1855 für die unter Art. 1 Abs. 1 desselben fallenden Verwaltungsstreitigkeiten geschehen ist. Wenn es sich aber um eine Beschwerde handelt, welche ihrer rechtlichen Natur nach lediglich die Hinweisung der höhern Behörde auf ein ungesetzliches Verfahren der untern Behörde, die Denuntiation einer Thatsache ist, welche die höhere Behörde vermöge des Oberaufsichtsrechts im öffentlichen Interesse von Amtswegen zu korrigiren berechtigt und sogar verpflichtet sein sollte, so muß jener Ausschluß durch den Fristenablauf, welcher ein ganz neues Prinzip einführt, immerhin bedenklich erscheinen. Gleichwohl ist nach den ständischen Verhandlungen und nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht zu bezweifeln, daß der Art. 90 und Art. 88 Abs. 1 nicht nur auf die Beschwerden in Verwaltungsjustizsachen, d. h. nach dem Obigen auf solche Beschwerden, deren Gegenstand die Verfolgung

eines subjektiven Rechts ist, auf die Beschwerden in den oben Nr. 3 und 5 bezeichneten Fällen, sondern auch auf Verwaltungsbeschwerden Anwendung findet. Beide Gesetzesbestimmungen stehen in einem wesentlichen Zusammenhang.

Zu Art. 90 Abs. 1 des Entwurfs, welcher gleichlautend mit der einzigen Abänderung, daß statt des Wortes „zulässig" des Entwurfs „endgültig" gesetzt wurde, als Art. 88 Abs. 1 im Gesetze sich findet, hat der Bericht der Kammer der Abgeordneten folgendes bemerkt:

„Die nicht privatrechtlichen Einwendungen faßt der Abs. 1 des Art. 90 (des Entwurfs, jetzt Art. 88 Abs. 1) ins Auge und finden auf sie die in Art. 92 (jetzt Art. 90) bezüglich des Verfahrens und der Fristen gegebenen Bestimmungen Anwendung. Handelt es sich nämlich um Ansprüche, welche sich auf das öffentliche Recht gründen, also unter den Art. 1 Abs. 1 des Gesetzes über die Rechtsmittel vom 13. Nov. 1855 fallen, so sollen die Art. 2 bis 17 dieses Gesetzes, in andern Fällen, wo der Nachbar nur ein Interesse verfolgt, die Art. 7—10 des genannten Gesetzes übrigens mit abgekürzten Fristen zur Anwendung zu bringen sein."

Wenn der Bericht hiernach davon auszugehen scheint, daß jede Beschwerde, welche ein Individualrecht verfolgt, unter Art. 1 Abs. 1 des Gesetzes von 1855 falle, so kann der Verfasser dieß nicht für richtig halten. Der Eigenthümer, welcher sich wegen verweigerter Bauerlaubniß beschwert, verfolgt unzweifelhaft ein Recht, sein Recht zu bauen, einen „Anspruch." Wenn aber die Bauerlaubniß, was sehr häufig der Fall sein kann, von der Baupolizeibehörde unter Berufung auf eine baupolizeiliche Vorschrift von Amtswegen, ohne daß irgend eine Einwendung von Seiten eines Nachbars erhoben wurde, verweigert wird, so liegt ganz unzweifelhaft in der Beschwerde die Verfolgung eines rechtlichen Anspruches, ohne daß die Beschwerde unter Art. 1 Abs. 1 des Gesetzes von 1855 fällt, da es an dem Erforderniß zweier einander gegenüber stehenden Partheien

fehlt. Richtig ist jener Satz des Berichtes nur in der Beschränkung auf die Beschwerde des Nachbars, welcher Einwendungen gegen das Bauwesen erhoben hat; denn wo von diesem Beschwerde erhoben wird, steht ihm stets in der Person des Baulustigen eine Parthei gegenüber. Von der Unterstellung unter Art. 1 Abs. 1 des Gesetzes von 1855 kann aber nur dann die Rede sein, wenn der widersprechende Nachbar nicht bloß ein Interesse, sondern einen rechtlichen Anspruch verfolgt, was nach dem oben Ausgeführten nur in den oben unter B. lit. a und b bezeichneten Fällen zutrifft. Allein auch in dieser Beschränkung der erwähnten Bemerkung im Kommissionsbericht geht aus derselben immerhin die klare Absicht der Kommission hervor, daß der Art. 90 des Gesetzes (Art. 92 des Entwurfes) nicht nur auf die Administrativjustizsachen, mögen sie unter Art. 1 Abs. 1 des Gesetzes von 1855 fallen, oder nicht, sondern auch auf Verwaltungsbeschwerden Anwendung finde, d. h. daß auch auf Beschwerden, welche nur die Verfolgung eines Interesses zum Gegenstand haben, die Art. 7 bis 10 des Gesetzes von 1855 Anwendung zu finden haben.

Aus dem Grundsatz, daß alle Einwendungen nach endgültiger Genehmigung, d. h. wenn die Genehmigung von der letzten Instanz ausgesprochen ist oder die Fristen für die Beschwerden abgelaufen sind, für ausgeschlossen erklärt werden, folgte sodann unmittelbar die Unmöglichkeit, ein auf Grund der ertheilten Bauerlaubniß und dieser gemäß ausgeführtes Bauwesen selbst dann, wenn es offenbar dem Gesetze zuwider ist, nachträglich anzufechten und abzuändern, was die gesetzgebenden Faktoren durch Nichtannahme eines die nachträgliche Korrektion durch das Ministerium des Innern ermöglichenden Antrages der Kommissionen beider Kammern aussprachen. Wenn je im Hinblick auf das oben ausgesprochene Bedenken über diese Auffassung des Art. 90 und 88 Abs. 1 noch ein Zweifel sein sollte, so wird dieser durch die Ablehnung dieses Vorschlages beseitigt.

Endlich geht dieß auch aus der Fassung des Gesetzes hervor. Der Art. 90 spricht ganz allgemein von „dem Verfahren vor den Verwaltungsbehörden," unter welchen das Gesetz nach Art. 74 Abs. 2 sowohl die Polizei= als die Verwaltungsjustizstellen versteht.

Das Ergebniß der vorstehenden Ausführungen über das Verfahren, insbesondere das Verfahren bei Beschwerden, läßt sich hiernach in folgendem zusammenfassen:

1) Der Eigenthümer, welcher sich durch eine baupolizeiliche Verfügung in seinem Recht zu bauen, im Widerspruch mit dem Gesetz beschränkt erachtet, oder welcher sich in seinen ihm durch Art. 11 Abs. 1 der Bauordnung eingeräumten Rechte verletzt glaubt (oben Nr. 5 lit. B. c.) oder welchem eine der oben unter Nr. 5 A. lit. b. bezeichneten Leistungen auferlegt ist, zu welcher verpflichtet zu sein er bestreitet, ebenso die Gemeinde in den unter Nr. 5 A. lit. a. bezeichneten Fällen, endlich die Nachbarn in den Fällen Nr. 5 lit. B. a. und b., haben ein Beschwerderecht bis an den Königl. Geheimenrath als oberste Verwaltungsjustizbehörde.

2) Auf diese Beschwerden findet das Gesetz vom 13. November 1855 betr. die Rechtsmittel in Verwaltungsjustizsachen nach Maßgabe des Art. 1 Abs. 1 dieses Gesetzes dann Anwendung, wenn sich zwei Partheien gegenüber stehen. Dieß trifft aber im eigentlichen Sinne nur dann zu, wenn jede der Partheien, deren Eine stets der baulustige Eigenthümer sein wird, nicht nur ein Interesse, sondern ein Recht verfolgt.

3) In allen nicht unter Z. 1 genannten Fällen hat jeder Betheiligte ein Recht der Beschwerde in Anwendung des §. 36 der Verfassungs=Urkunde, nicht des §. 60 Ziff. 1 der Verfassungs=Urkunde, d. h. die Beschwerde kann bis zu dem Königl. Ministerium des Innern verfolgt werden. Eine weitere Beschwerde an den Königl. Geheimenrath ist jedoch nicht zulässig.

4) In allen Bausachen, ohne Unterschied der in Ziff 1 bis 3 bezeichneten Fälle, sind vor der Erlassung der Ver=

fügung sämmtliche betheiligten Nachbarn und Behörden zu vernehmen (Art. 86).

5) Alle baupolizeilichen Verfügungen der Behörden sind dem Bauunternehmer und denjenigen Betheiligten, welche Einwendungen gegen das Bauwesen erhoben haben, und zwar in Anwendung des Art. 10 des Gesetzes von 1855 unter Rekursbelehrung zu eröffnen. Die Nothwendigkeit der Rekursbelehrung ist fortan nicht auf die Partheienstreitigkeiten des Art. 1 Abs. 1 des Gesetzes von 1855 beschränkt.

6) Jede Beschwerde, sowohl in den unter Art. 1 Abs. 1 des Gesetzes fallenden Partheienstreitigkeiten, als in anderen Fällen, also auch eine Verwaltungsbeschwerde, ist unter den Voraussetzungen des Art. 86 an die Fristen von 5 und 15 Tagen gebunden.

7) Nach Ablauf dieser Fristen kann eine ergangene Bauverfügung weder durch neue Einreden noch durch Beschwerde angefochten noch von Amtswegen abgeändert werden, außer in den Fällen des Art. 1 Abs. 1 des Gesetzes von 1855 im Wege der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und der Nichtigkeitsbeschwerde in Anwendung der Art. 12 und 13 dieses Gesetzes.

8) Von der Einlegung eines Rechtsmittels sind die sonst Betheiligten unverweilt in Kenntniß zu setzen.

Es sind hiermit für Beschwerden, welche nicht unter Art. 1 Abs. 1 des Gesetzes von 1855 fallen, neue Grundsätze eingeführt, welche theilweise der inneren Begründung zu entbehren scheinen.

Man kann zugeben, daß der Bauunternehmer gegen eine spätere ihn vermögensrechtlich benachtheiligende Abänderung der einmal ergangenen Bauverfügung geschützt werden mußte. Allein daß dieser Schutz durch die Anerkennung einer formellen Rechtskraft der ergangenen polizeilichen Verfügung ohne jede Möglichkeit einer polizeilichen Correktion und ohne Unterschied, ob mit der Ausführung schon begonnen war oder nicht, gewährt wurde, scheint, wie

schon oben bemerkt, zu weit zu gehen. Indem man nicht einmal die Anfechtung einer solchen Verfügung durch eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand oder eine Nichtigkeitserklärung unter den Voraussetzungen der Art. 12 und 13 des Gesetzes von 1855 zuließ, da diese Artikel nur auf Verwaltungsstreitigkeiten im Sinn des Art. 1 Abs. 1 Anwendung finden, ist diese formelle Rechtskraft noch wirksamer, als in eigentlichen Verwaltungsstreitigkeiten, was jede Folgerichtigkeit vermissen läßt. Warum ferner auch der Eigenthümer in Fällen, in welchen ihm keine Parthei gegenüber steht, wie dieß aus der allgemeinen Fassung des Art. 90 folgt, mit einer Beschwerde gegen eine ihn ohne gesetzliche Berechtigung in seinem Baurecht beschränkende Polizeiverfügung nach Ablauf der kurzen Fristen von 5 und 15 Tagen ausgeschlossen sein solle, ist nicht einzusehen. Bisher bestand eine solche formelle Beschränkung nicht und dieß war unzweifelhaft den Verhältnissen entsprechender. Es wäre keinerlei Interesse gefährdet gewesen, wenn man das Beschwerderecht des Eigenthümers außer den Fällen der unter Art. 1 Abs. 1 fallenden Partheienstreitigkeiten von jeder Beschränkung durch eine Frist freigelassen hätte. Ohnehin hat der Eigenthümer, was allerdings in der Ausführung der fraglichen Bestimmung ihre Unbilligkeit zu beseitigen geeignet ist, aber eben deßhalb gegen ihre Zweckmäßigkeit spricht, hinreichende Mittel, dieselbe zu umgehen. Er kann dieß, indem er ein neues Baugesuch mit unwesentlichen Abänderungen einreicht. Außerdem wirkt die neue formelle Rechtskraft ohnehin nur auf zwei Jahre. Denn da nach zwei Jahren zufolge des Art. 91, wenn binnen dieser Zeit das als zulässig erkannte Bauwesen nicht in Angriff genommen wird, „das betreffende polizeiliche Erkenntniß" außer Wirkung tritt, so kann der Eigenthümer nach Ablauf dieser Frist sein früheres Gesuch wiederholen und alsdann beginnt die Frist aufs Neue zu laufen.

Die eben erwähnte Bestimmung des Art. 91 giebt

sodann zu einem weiteren Bedenken Anlaß. Es fragt sich, ob diese Bestimmung, welche das „polizeiliche Erkenntniß" außer Wirksamkeit setzt, wenn mit dem Bau binnen 2 Jahren nicht begonnen wurde, auch auf die Entscheidungen in den unter Art. 1 Abs. 1 des Gesetzes von 1855 fallenden Baustreitigkeiten Anwendung findet. Dieß würde mit dem Begriff der Rechtskraft richterlicher Entscheidungen durchaus unvereinbar und wird daher unbedenklich zu verneinen sein. Auch hat hierauf das Gesetz, indem es nur von dem polizeilichen Erkenntniß spricht, hingewiesen. Allein um so wünschenswerther wäre es gewesen, wenn das Gesetz im Hinblick auf die bekannte Schwierigkeit, zu bestimmen, welche Fälle unter Art. 1 Abs. 1 des Gesetzes von 1855 fallen, diese Fälle bezeichnet hätte, was nach dem Ausgeführten noch den weiteren Vortheil gehabt hätte, daß der Gesetzgeber selbst darüber, in wie weit durch baupolizeiliche Vorschriften auch Individualrechte begründet werden, sich auszusprechen veranlaßt gewesen wäre, während dieß nunmehr der Rechtsanwendung allein überlassen ist.

Wenn übrigens auch die processualischen Gesetzesbestimmungen hiernach zu einzelnen Bedenken und Ausstellungen Anlaß geben, so ist doch zu hoffen, daß sich dieß in der Rechtsanwendung, wenn dieselbe einmal durch Präjudizien festgestellt sein wird, nicht sehr fühlbar macht.

Zur Kompetenz der Gerichte und der Verwaltungsjustizbehörden bei Streitigkeiten über Schafweiderechte.[1] Wen trifft bei Ansprüchen auf Weidefreiheit die Beweislast? Rechtsfall.

(Von Herrn Rechtskonsulent Klinger in Calw.)

In der Gemeinde C., Oberamts C., kam bei Gelegenheit der Schafweideverpachtung im Jahr 1866 zur Sprache,

[1] Vgl. dieses Archiv IV. S. 186 u. f., VI. S. 367, IX. S. 422 u. f., XV. S. 59.

daß der Besitzer des unteren innerhalb der Markung liegenden Bades die Beweidung der zum Bade gehörigen Wiesen durch den Gemeindeschäfer nicht dulden wolle. Es wurde ihm deßhalb vom Gemeinderath eröffnet, daß auch fernerhin der Schäfer das Gut des unteren Bades mit Ausnahme der Anlagen und Gärten befahren dürfe, bis der Besitzer desselben nachweise, daß das Badgut weidfrei sei. Der Besitzer dieses Gutes erhob sofort Klage bei dem Oberamtsgericht C. auf Schutz im Besitze seines ihm zustehenden exceptionellen Rechtes der Weidefreiheit, ließ jedoch sein Gesuch um Erlassung einer provisorischen Verfügung, überhaupt seine Klage bei Oberamtsgericht wieder fallen, nachdem das Letztere darauf aufmerksam gemacht hatte, daß ein (privatrechtlicher) Besitz nur in privatrechtlichen Verhältnissen stattfinde, und Kläger eine auf privatrechtlichem Grunde beruhende Freiheit von einer öffentlich-rechtlichen Weidedienstbarkeit zwar behauptet, aber nicht bescheinigt habe. Derselbe wandte sich nunmehr an das Königl. Oberamt um eine Entscheidung dahin, daß der Gemeinde das Schafweiderecht auf dem fraglichen Badgute insbesondere wegen seiner Eigenschaft als eines sog. Banngutes nicht zustehe, und stellte die weitere Behauptung auf, die Gemeinde habe den Beweis der Ausdehnung des Gemeindeschafweiderechts auch auf das Gut des Klägers zu beweisen. Er machte eventuell geltend, daß das Weiderecht der Gemeinde durch nonusus binnen der Verjährungsfrist von 10 Jahren, eventuell 30 Jahren, erloschen sei. Die Gemeinde dagegen schob dem Kläger die Beweislast wegen seines in Anspruch genommenen exceptionellen Rechts der Weidefreiheit zu. Nachdem 10 Zeugen darüber, ob das klägerische Gut innerhalb einer Reihe von Jahren durch den Gemeindeschäfer beweidet oder nicht beweidet worden sei, vernommen waren, deren Vernehmung jedoch kein sicheres Resultat ergab, fällte das Königl. Oberamt unterm 15. Juni 1867 das Erkenntniß dahingehend, daß der Kläger mit seinem Anspruch auf die Freiheit des unteren Badgutes von dem Schaf-

weiderecht der Gemeinde abzuweisen sei. Dasselbe begründete seine Competenz damit, daß das Weiderecht der Gemeinde seinen rechtlichen Grund in dem Gemeinde- und Markungsverband habe, sonach als ein öffentlich-rechtliches Verhältniß zu betrachten sei und als solches, so lange nicht eigentliche privatrechtliche Titel ins Spiel kommen, was im vorliegenden Falle nicht zutreffe, der Cognition der Verwaltungsbehörden zu unterstellen sei und entschied, daß der Kläger die für sein Gut in Anspruch genommene Weidefreiheit als einen Ausnahmezustand gegenüber dem seinem Wesen nach auf sämmtliche Grundstücke der Markung sich erstreckenden Weiderecht der Gemeinde zu beweisen habe. Sodann wurde des Weiteren ausgeführt, daß dieser Beweis dem Kläger nicht gelungen sei. — Auf die hiegegen erhobene Beschwerde entschied die Königl. Kreisregierung des Schwarzwaldkreises unter dem 3. März 1868 dahin, daß die Gemeinde C. nicht berechtigt sei, die im Streit befangenen Grundstücke des Klägers auf Grund eines öffentlich rechtlichen Titels der Schafweide zu unterwerfen und ging dabei von folgenden Betrachtungen aus:

Die Weide sei ihrer regelmäßigen Erscheinung nach, was unbestritten sei, ein privatrechtliches Verhältniß, daneben werde aber angenommen, daß es gleichwohl in Württemberg Weiden gebe, die einen öffentlich-rechtlichen Entstehungsgrund haben und zwar werde solches angenommen in Fällen, wo eine Gemeinde das berechtigte Subjekt sei, die Weide innerhalb der Gemeindemarkungsgrenzen bestehe und neben den Gemeindegründen, oder auch ohne solche, über Sondergüter sich erstrecke. Damit sei aber nicht gesagt, daß alle Weiderechte der Gemeinden innerhalb der Markung öffentlich-rechtliche Weiden seien; es gebe kein Gesetz, welches die Gemeinden als auf den Markungsgütern weideberechtigt erkläre, noch ein Gesetz, welches ausspräche, daß die Gemeindeweiden innerhalb der Markung, wo solche vorkommen, als aus öffentlich-rechtlichen Gründen hervorgegangen, zu vermuthen seien, noch gebe es ein all-

gemeines Gewohnheitsrecht solchen Inhalts; es gebe sogar viele Fälle, wo der privatrechtliche Titel von Weiderechten der Gemeinden ganz bestimmt nachgewiesen werden könne. Es bleibe also auch gegenüber den Gemeindeweiderechten der Satz bestehen, daß die Weide ihrer regelmäßigen rechtlichen Erscheinung nach ein Privatrechtsverhältniß sei, woraus dann folge, daß, wenn solches im einzelnen Fall nicht anerkannt werde, vor Allem der öffentlich-rechtliche Titel nachgewiesen werden müsse. Wenn nun auch im vorliegenden Falle der Kläger seine zuerst beim Civilrichter angebrachte Klage zurückgezogen und beim Oberamt angebracht, und wenn nun die Beklagte auf diese an das Oberamt gebrachte Klage sich eingelassen habe, so sei damit zwar kundgethan, daß die Partheien die Administrativjustizbehörde als die für den gegebenen Fall zuständige Stelle angesehen haben, aber der Grund dafür, die öffentlich-rechtliche Natur des bestrittenen Rechtes, sei damit allein noch nicht entfernt bescheinigt, und der Nachweis der öffentlich-rechtlichen Natur des vor die Verwaltungsbehörde gebrachten Streits sei durch das von der Gemeinde Vorgebrachte nicht als geliefert anzunehmen. Sie behaupte vermöge Gesetzes, Herkommens und laut vorliegender Urkunden auf allen nicht besonders ausgenommenen Gütern der Markung weideberechtigt zu sein und nehme ferner Bezug auf Präjudizien. Allein ein Gesetz, welches hiezu berechtige, bestehe gar nicht, das Herkommen aber, welches der Kläger nicht bestreite, und in dessen Existenz derselbe seinerseits den öffentlichen Charakter des Rechtes zu finden scheine, beweise an sich nur das Dasein des Rechtes, nicht seinen Gattungsbegriff als öffentliches Recht, da ja das Herkommen nicht blos im öffentlichen, sondern auch im Privatrechte gelte, und es hätte also dargethan werden müssen, daß und inwiefern das Herkommen im vorliegenden Falle bezeichnende Merkmale gerade des öffentlichen Rechtes enthalte. Die Urkunden, auf welche sich berufen werde, seien das im Jahr 1865 angelegte, von den bürgerlichen Colle-

gien als richtig beurkundete sog. Grundbuch, welches S. 118b sage: „Die Schafweide auf der hiesigen Markung steht herkömmlich der Stadtgemeinde zu," und das im Jahr 1861 errichtete Servitutenbuch, welches S. 61 enthalte: „der Stadtgemeinde C. steht ein Winterschafweidrecht zu auf sämmtlichen Gütern der Markung mit Ausnahme der Waldungen, Gärten und sog. Baufelder von Martini bis 1. April."

Indem aber diese übrigens von den betheiligten Grundbesitzern an den betreffenden Stellen nicht ausdrücklich anerkannten Bücher das unter den Partheien an und für sich gar nicht bestrittene herkömmliche Weiderecht in der angegebenen Weise beschreiben, so enthalten sie darin doch nicht zugleich etwas über die öffentlich-rechtliche Eigenschaft desselben, namentlich sei mit der Bezeichnung „auf der Markung" nur der räumliche Umfang der Weideberechtigung, nicht auch deren rechtliche Natur dargethan; haben doch selbst andere, als Gemeinden, Weiderechte über die Güter bestimmter Markungen. Endlich besagen auch die von dem Anwalte der Gemeinde angerufenen Präjudizien (im 4., 6. und 9. Band dieses Archivs) nur, daß es Kommunweiderechte öffentlich-rechtlicher Kategorie gebe, wenn sie nämlich ein Ausfluß des Markungsverbandes seien, nicht aber, daß alle Weiderechte der Kommune jedesmal dieser Kategorie angehören.

Die Kreisregierung kommt, nachdem sie noch einige Momente geltend macht, welche sogar gegen die Annahme der öffentlich-rechtlichen Natur des vorliegenden Gemeindeschafweidrechts sprechen sollen und welche hier näher zu erwähnen überflüssig sein wird, sonach zu dem Resultat, daß ein öffentlich-rechtlicher Titel des von der Administrativbehörde erhobenen Anspruchs nicht dargethan sei, und daraus ergebe sich von selbst, daß in die gegenwärtige Entscheidung ein lediglich von jener Vorfrage abhängiges Urtheil darüber nicht aufzunehmen sei, ob der von der Gemeinde

gegen den Kläger erhobene Anspruch selbst bewiesen sei oder nicht.

Die Kreisregierung fügt aber doch noch ihre Ansicht hinsichtlich der Frage wegen der Beweislast bei, welche dahin geht, daß, wenn ein öffentlich-rechtlicher Titel des Anspruchs vorgelegen wäre, auf die negatorische Klage des Badgutinhabers die Beweislast der beklagten Gemeinde obgelegen sein würde, sofern das Eigenthum des Klägers an den Grundstücken, in Beziehung auf welche die Weide angesprochen werde, gar nicht bestritten sei, und sonach der Gemeinde auch bezüglich der öffentlich-rechtlichen Natur des von ihr erhobenen Anspruchs die Rolle des Beweispflichtigen zuzuweisen gewesen wäre.

Gegenüber dieser Entscheidung der Königl. Kreisregierung machte die Gemeinde C. in ihrer Beschwerde an das Königl. Ministerium des Innern insbesondere auf die Folgen aufmerksam, welche diese mit allen bisherigen Anschauungen über die Natur der Gemeindeschafweide sich in Widerspruch setzende Ansicht haben würde, daß nämlich die wenigsten Gemeinden speziellere, auf die rechtliche Natur insbesondere, sich näher einlassende Einträge in den öffentlichen Büchern werden aufweisen können, als diejenigen, welche die Gemeinde C. produzirt hat, und daß es den Gemeinden äußerst schwer fallen würde, die Ausübung des Schafweiderechts auf den einzelnen Parzellen ihrer Markung durch Zeugen zu beweisen, daß bei dieser Ansicht, wo jeder Güterbesitzer unter Beziehung auf sein Eigenthum vollständigen juristischen Servitutenbeweis wegen des Beweidungsrechts von den Gemeinden verlangen könnte, diese Kommunweidrechte in ihrem ganzen bisherigen Bestande erschüttert werden könnten.

Das Königl. Ministerium des Innern hob denn auch die Entscheidung der Kreisregierung unter Herstellung derjenigen des Oberamts wieder auf, von folgenden Erwägungen ausgehend:

Die in Württemberg vorkommenden Gemeindeweiden,

bei welchen eine privatrechtliche Entstehung nicht nachgewiesen werden könne, bei welchen vermöge der langen Dauer ihres Bestandes die Art ihres Ursprungs überhaupt nicht mehr erkennbar sei, die aber stets als Rechte der Gesammtheit der Bürger einer Gemeinde nur von dem Willen der letzteren oder deren Organen abhängig gewesen seien und durch diese im Interesse der Gesammtheit, unabhängig von der Beistimmung der einzelnen Grundeigenthümer, die manchfachsten Umwandlungen und Gestaltungen erhalten haben, seien nach der übereinstimmenden Ansicht der Gerichts- und Verwaltungsbehörden als Gegenstände des öffentlichen Rechts um so mehr anzusehen, als der Fortbestand dieser Einrichtungen sowohl im Hinblick auf die Einnahmen, welche sich daraus für die Gemeindekassen ergeben, als mit Rücksicht darauf, daß sie mittelst des Pferchs ein sehr beachtenswerthes Kulturmittel bilden, mit dem Wohlstande der Gemeinden und der einzelnen Glieder derselben auf's Engste zusammenhänge. Wohl werden die Gemeindeweiden mit dem Markungsbestande der Gemeinden in den meisten Fällen in sehr naher Beziehung stehen, es werde sich aber deren Hervorgehen aus dem Markungsverbande in der Regel so wenig behaupten lassen, als etwa behauptet werden könnte, daß der Markungsumfang aus dem öfters noch früher vorhanden gewesenen Weide-Genossenschaftsverbande hervorgegangen sei. Die Gesetze sprechen sich zwar über die Entstehung oder Schaffung von Gemeindeweide-Einrichtungen nicht aus, haben aber deren Bestand als öffentliche Institute unzweifelhaft vorausgesetzt,[2] indem sonst die weitgreifende Einwirkung der verwaltenden Organe auf die Gestaltung derselben ohne Beistimmung der hiebei betheiligten Grundeigenthümer, welche auch in der neuesten Zeit noch für zulässig erachtet worden sei, nicht hätte für statthaft erachtet werden können.

---

[2] Vergl. Landesordnung von 1621 Tit. 32, Kommunordnung 3. Cap. Abschnitt 5 und 6.

Diese für ein öffentlich-rechtliches Verhältniß sprechenden Umstände treffen nun auch bei der Schafweide in C. durchaus zu. Die Weidgangsbeschreibung von 1717 und 1718 stelle das Weiderecht als eine seit Jahrhunderten bestehende, zum Nutzen der gemeinen Bürgerschaft bestehende Einrichtung, dar, welche früher eine weit größere Ausdehnung gehabt habe, als gegenwärtig, jedoch der steten Einwirkung der Gemeindeobrigkeit unterlegen sei. Hiernach könne man darüber nicht im Zweifel sein, daß das Weiderecht der Gemeinde C. zu den öffentlich-rechtlichen Gemeindeweidebefugnissen zu zählen sei, über deren Bestand und Ausdehnung die Verwaltungsbehörden und nicht die Civilgerichte zu erkennen haben.

Was sodann den Umfang des Schafweiderechts der Gemeinde C. betreffe, so besage der (schon oben citirte) Eintrag im Servitutenbuch, daß der Gemeinde ein Winterschafweiderecht auf sämmtlichen Gütern der Markung, mit Ausnahme der Waldungen, Gärten und der sog. Banngüter zustehe, und habe Kläger den Beweis seiner Behauptung, daß sein Gut ein Banngut sei, zu führen.

Das Königl. Ministerium begründet nun des Nähern, daß dieser Beweis nicht erbracht worden sei und fügt dann noch hinzu, wenn der Inhaber des unteren Bades der Ansicht sei, daß Letzteres jedenfalls durch Verjährung von der Weidepflicht gegenüber der Gemeinde frei geworden wäre, so sei hiegegen zu bemerken, daß abgesehen von der Frage, ob die Grundsätze über erlöschende Verjährung von Servituten durch bloßen Nichtgebrauch auf öffentliche Gemeindeweiderechte überhaupt Anwendung finden, ein Nichtgebrauch des Gemeindeschafweiderechts in C. überhaupt nicht vorliege, indem solches mittelst Verpachtung stets gebraucht und vom Inhaber des unteren Bades durch Erwerbung des Pferchs auch häufig mitbenützt worden sei, der Umstand aber, daß einzelne Grundstücke vom Gemeindeschafweidepächter kürzere oder längere Zeit mit der Weideheerde

nicht betreten worden seien, das Weiderecht der Gemeinde in keinem Falle beeinträchtigen könne.

Der Königl. Geheimerath bestätigte dieses Erkenntniß unterm 20. Februar 1869 unter ausdrücklicher Hinweisung auf die Entscheidungsgründe des Königl. Ministeriums, indem noch neben einigen spezielleren Punkten besonders hervorgehoben wurde, daß von Seiten des Klägers, der seinen Anspruch auf Freilassung seines Badgutes von der Gemeindeschafweide von Anfang an auf das öffentliche Recht gestützt habe, lediglich Nichts beigebracht worden sei, wonach der Gemeindeschafweide in C. gegen die in den alten Landestheilen weitaus vorherrschende Regel — der Charakter einer auf den Vortheil der Gemeindewirthschaft berechneten und auf entsprechenden Anordnungen der Gemeindeorgane beruhenden öffentlichen Einrichtung abzusprechen wäre, daß vielmehr schon die vom Kläger selbst angerufene Weidebeschreibung von 1718 die „gemeine Bürgerschaft" einschließlich der auf beiden Bädern Angesessenen zur Benützung der Weide nach den Anordnungen der Ortsbehörden berufe, daß sodann endlich Rekurrent seine Behauptung, es komme den zu seinem Badgut gehörigen Wiesen die Eigenschaft eines Bannfeldes zu, lediglich nicht zu beweisen vermocht habe, und auch der Beweis einer durch Verjährung begründeten Weidefreiheit des unteren Bades nicht erbracht sei.

Rechtliche Bedeutung des Ausdruckes „Kirchensatz" in den Lagerbüchern.

Auszug aus einer Note der Königl. Archiv-Direktion an die Königl. Oberfinanzkammer, Abtheilung für Domänen, vom 23. Mai 1854.

Wenn endlich 4) von uns noch eine Aeußerung über die Bedeutung des Wortes „Kirchensatz" gewünscht wird, da in einem Lagerbuche gesagt werde, die Herrschaft Württemberg sei Inhaberin des ganzen Kirchensatzes, der

Kastvogtei, auch des jus patronatus und advocatiae zu Schönaich, wenn insbesondere die Frage aufgeworfen wird, ob nicht der gleiche Eintrag über den Kirchensatz eines Orts auch anderwärts vorkomme, und ob ein solcher Eintrag ein Privateigenthum der Herrschaft am Kirchenvermögen oder eine Einverleibung desselben mittelst Inkorporation oder dergleichen, oder nicht vielmehr das aus der Hoheitsgewalt entsprungene Verfügungsrecht über das Kirchenvermögen beweise, so beehren wir uns, hierauf Folgendes zu erwiedern:

Einträge der bezeichneten Art finden sich in den im Königl. Staats-Archive verwahrten Lagerbüchern, wortgetreu, sehr häufig und dem Sinne nach gleichlautend, fast regelmäßig und selbst bei Orten, wo der Herrschaft Würtemberg keine Zehntrechte zustunden.

Eine Beweisstelle dafür, daß das Recht des Kirchensatzes ein aus der Hoheitsgewalt entsprungenes Verfügungsrecht über das Kirchenvermögen sei, vermöchten wir aus diesen Lagerbüchern nicht aufzufinden, auf der andern Seite aber liegt auch lediglich kein genügender Grund vor, den Besitz des Kirchensatzes für identisch zu nehmen mit der Einverleibung und dem nutzbaren Innehaben von Kirchenvermögen. Kirchensatz hieß ursprünglich das Stiftungsgut einer Kirche, und den Kirchensatz innehaben, hieß die Rechte besitzen, welche dem Stifter einer Kirche zukommen. Der Inbegriff dieser Rechte, gleichfalls „Kirchensatz" genannt, und in den älteren Urkunden oft mit jus patronatus übersetzt, war in den frühesten Zeiten in der Regel mit dem Besitz eines Grundstückes verbunden und mit diesem den Wechseln des Privatverkehrs unterworfen, und es finden sich daher nicht selten Urkunden, nach welchen Grundstücke verkauft wurden mit dem Kirchensatz, der in dieselben gehöre. In den älteren kürzeren Urkunden werden die einzelnen Ausflüsse dieses Rechtes in der Regel nicht ausgeschieden, und ist in solchen im Allgemeinen nur von dem Kirchensatz oder dem

jus patronatus die Rede, während in späterer Zeit und besonders in den Lagerbüchern die einzelnen Beziehungen, in welchen die Rechte des Kirchensatzes von Wirkung waren, mehr und mehr unterschieden wurden. Zum Verständniß der Bedeutung, welche dem Worte „Kirchensatz" in den Lagerbüchern beigelegt werden sollte, in welchen dieses Recht als ein neben dem Patronatrecht bestehendes Recht aufgeführt wird, dürfte insbesondere die Rubrik dienen, unter welcher die fraglichen Einträge fast immer aufgeführt werden, die Rubrik: „Geistliche Lehenschaft" oder Lehenschaft der Kirche 2c.

Nach Analogie des, in früheren Zeiten, weit allgemeineren Lehenrechtes, wurde derjenige, welchem die Rechte eines Stifters der Kirche zukamen, als Lehensherr derselben betrachtet, und als ein Ausfluß dieses lehenherrlichen Rechtes nicht blos das Recht, die Pfründe nach kanonischen Regeln zu vergaben, jus patronatus in specie, sondern auch ein Obereigenthumsrecht über das Vermögen der Pfründe, welches der begabte Pfründner zu nießen hatte, betrachtet und dieses Recht dürften die Verfasser der betreffenden Lagerbücher im Auge gehabt haben, wenn sie unter der Rubrik: Geistliche Lehenschaft oder Lehenschaft der Kirche, das Recht des Kirchensatzes neben dem Patronatrecht aufführten. Ein Recht des Lehenherrn der Kirche, Kirchenvermögen in seinen Nutzen zu verwenden, folgte aus diesem Rechte des Kirchensatzes nicht, so wenig als der Lehenherr einem Vasallen willkührlich das nutzbare Eigenthum entziehen konnte, wenn es auch hie und da vorgekommen sein mag, daß der Inhaber des Kirchensatzes z. B. bei Pfründeverleihungen im Vertragsweg durch Abfindung mit dem Inhaber einer Pfründe oder auch per nefas unter Duldung des Pfründeberechtigten, Theile des kirchlichen Vermögens zu seiner Privatnutzung herbeizog, und es wäre daher eine nicht gerechtfertigte Verwechslung, wenn man den Besitz des Kirchensatzes an und für sich und ohne

Nebenbestimmung identisch nehmen wollte mit Nutzung von Kirchenvermögen.

Mittheilungen aus der Rechtsprechung der Civilgerichte.

1) Der Vermiether hat zur Sicherung der aus dem Miethverhältniß erwachsenen Forderungen an den vom Miether eingebrachten Sachen kein Zurückbehaltungsrecht.

Die wesentliche Voraussetzung jedes Retentionsrechts, die Detention der zurückbehaltenen Sache trifft bezüglich der erwähnten Sachen beim Vermiether als solchem nicht zu, um so weniger, wenn er, wie hier, nicht einmal Mitbewohner desselben Hauses ist. Der Vermiether müßte sich also, um retiniren zu können, den Besitz jener Sachen erst verschaffen.

Nach den von der neueren Praxis befolgten Grundsätzen über Besitzentsetzung aber[1] begründet jede ohne Rechtsgrund und gegen den erklärten Willen des Inhabers, selbst ohne physische Gewalt, geschehene Besitzentziehung die Verpflichtung zur Rückgabe der entzogenen Sachen und zwar ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Beklagten, also auch dann, wenn derselbe bezüglich seiner Berechtigung zu der fraglichen Besitzergreifung in entschuldbarem Irrthum sich befunden hat.

1) Die hier fragliche Besitzentziehung ist zwar unter Mitwirkung der Obrigkeit und mit Einhaltung scheinbar gesetzlicher Formen, sie ist deßhalb nicht als strafbare Selbsthülfe, aber sie ist gleichwohl ohne Recht erfolgt.

Wenn gleich nämlich nach gemeinem Recht dem Vermiether das Recht zustand, dem wegziehenden Miether, der das Miethsgeld nicht entrichtet, oder wenigstens nicht sicher

---

[1] Die bei Mühleisen Mitth. S. 9—12 cit. Entscheidungen und Sintenis II. §. 124 not. 48.

gestellt hatte, die Invekten und Illaten (ohne Zweifel mittels Perclusion) vorzuenthalten,[2] und wenn auch angenommen werden wollte, daß er in Ausübung dieses Rechts entgegen den sonst für die Ausübung des Pfandrechts geltenden Grundsätzen[3] auch befugt war, die Detention der Illaten zu diesem Zwecke eigenmächtig sich zu verschaffen, so war dieß doch unstreitig nicht etwa rechtliche Wirkung des Miethkontrakts, welcher vielmehr nach ausdrücklicher Vorschrift der Gesetze[4] den Vermiether zur Herausgabe der Illaten und zum Ziehenlassen des Miethers verpflichtet, sondern lediglich Ausfluß des dem Vermiether für diesen Fall zugestandenen gesetzlichen Pfandrechts.

Nachdem nun aber die Württ. Pfandgesetzgebung alle stillschweigenden Pfandrechte aufgehoben und wie bei vielen derselben so auch bei dem dem Vermiether an den Invekten zustehenden, an die Stelle des früheren Pfandrechts nur ein Vorzugsrecht (III. Cl.) im Conkurs gesetzt hat, kann dem Vermiether kein Recht mehr zustehen, zur Sicherung seiner Befriedigung in den Besitz der vom Miether eingebrachten Sachen sich zu setzen. Wollte man selbst annehmen, es sei ein aus dem Miethsvertrag abzuleitendes Recht des Vermiethers, zur Sicherung der aus demselben erwachsenen Verbindlichkeiten die Ueberlassung der eingebrachten Sachen vom Miether zu verlangen, so wäre dieß doch nur ein obligatorisches Recht auf die entsprechende Handlung des Miethers (auf Besitzübertragung), welches im Fall des Widerspruchs weder eigenmächtig, ohne Mitwirkung der Obrigkeit, noch unter Mitwirkung einer hiezu nicht competenten Obrigkeit (vor Erledigung des hierüber einzuleitenden Rechtsstreits) in Vollzug gesetzt werden könnte. Auch bei dieser

---

[2] Glück Comment. 18 S. 405 ff. (§. 1057). Rudorff in der gesch. Zeitschrift Bd. 13 S. 206 bes. S. 423. Gmelin Ordnung der Gläubiger, Cap. 6 §. 120. Dabelow Conkurs S. 191.

[3] l. 3 C. de pig. (8, 14) l. 1 Cod. (8, 35). Sintenis Civilrecht (2. ed.) I. S. 647 not. 3.

[4] l. 19 §. 5 D (19, 2) l. 11 Cod. (4, 65).

Annahme also hätte der Vermiether kein Recht, den fraglichen Besitz gegen den Willen des Miethers sich anzueignen. Eben deßhalb kann aber auch die Gemeinde-Obrigkeit — abgesehen von den besonderen hier nach IV. Ed. §. 3 Abs. 4 und §. 30 nicht zutreffenden Voraussetzungen einer eigentlichen Arrestanlegung — nicht befugt sein, den Vermiether in diesem angemaßten Pfändungsrechte zu unterstützen, es erscheint vielmehr die von ihr ausgegangene Gewalt um nichts weniger widerrechtlich, als die vom Vermiether allein angewandte.

2) Daß die vorliegende Besitzentziehung gegen den unzweideutig erklärten Willen des Inhabers geschehen, bedarf keiner weitern Begründung, und selbst wenn man zum Begriff des spolium positive Gewalt (vis atrox im Sinne des röm. Rechts) erforderte, ist physische Gewaltanwendung hiezu nicht nöthig, es genügt vielmehr ernst gemeinte Drohung mit solcher,[5] welch letztere schon in der Beiziehung der Obrigkeit an sich, d. h. in dem thatsächlichen Hinweis auf die der Obrigkeit zu Gebot stehende Uebermacht unzweifelhaft zu finden wäre, selbst wenn Beklagter nicht, wie er gethan zu haben zugiebt, eine Mehrzahl seiner Leute zu Hülfe gezogen hätte.

3) Zwar wird beim interd. unde vi zur Begründung einer Schadenersatzpflicht ein Verschulden des Beklagten erfordert und kann diese also durch den Nachweis eines entschuldbaren Irrthums Seitens des Beklagten abgewendet werden.[6] (l. 15 D. 43, 16. l. 15 §. 11 D. 43, 24.)

Aus eben diesen Gesetzesstellen ergiebt sich aber und folgt auch aus der Bestimmung der l. 1 §. 15 §. 18—20 D. h. t. (43, 16), wonach zur Rückgabe der noch in seinem Besitz vorhandenen Sachen auch der Hausherr verbunden ist, der zu der durch seinen Sklaven, Sohn oder Taglöhner

---

[5] Sintenis C. R. II. §. 124 not. 48. S. 739. Bolley Entw. und Antrag II. S. 260 und in Sarwey Monatschrift Bd. 3 S. 118, 119.

[6] Seuffert Arch. Bd. 5 Nr. 25 S. 30.

geschehenen Entreißung weder Auftrag noch Genehmigung ertheilt, von derselben also gar nicht gewußt hat, daß die Rückgabe der gewaltsam entzogenen Sachen von einem dolus oder einer culpa des Beklagten unabhängig, nur Wirkung der durch die Entreißung herbeigeführten — objektiv widerrechtlichen Bereicherung ist (obligatio ex re, in quantum ad eum pervenit, l. 1 §. 19 D. h. t. 43, 16). Es konnte deßhalb, nachdem Kl. seinen Klageantrag in vorliegendem Proceß auf Rückgabe der zugestandenermaßen im Besitze des Beklagten noch vorhandenen Sachen beschränkt hat, dahin gestellt bleiben, ob Beklagter durch die Behändigung des Arrestzettels in der That in guten Glauben versetzt war, oder denselben nicht etwa durch unrichtige Angaben, insbesondere über den vom Beklagten beabsichtigten Wegzug oder die von ihm verschuldete Austreibung, von der Behörde erschlichen hatte.

Erk. des K. Stadtgerichts Stuttgart vom 12. Dec. 1863 i. S. W. g. Kl.

2) Der Notherbe, welcher Descendent ersten Grades ist, kann bei der ihm nach Rescission des Testamentes wegen ungerechtfertigter Enterbung obliegenden Restitution der Erbschaft auch nach Württ. Rechte nicht nur den Pflichttheil, sondern auch die trebellianische Quart abziehen. Wirkung der Rescission des Testamentes auf Legate.

1) Die Wirkung der ungerechtfertigten Enterbung eines Kindes ist die Rescission des Testamentes in Bezug auf die Erbeinsetzungen und der Eintritt der Intestaterbfolge.[1] Es erscheinen daher A. H. und C. H. nunmehr als Intestat-Erben ihrer Mutter.

2) In Gemäßheit der dem Testamente einverleibten Codizillar-Clausel muß aber dasselbe als Intestat-Codizill aufrecht erhalten werden, woraus sich ergiebt, daß

[1] Nov. 115 c. 3, 4. L. R. Th. III. Tit. 14 §. 2. Tit. 17 §. 5. Tit. 20 §. 9.

der nunmehr als Intestaterbe eintretende Kl. (A. H) den eingesetzten Erben seinen Erbtheil als Fideikommiß herauszugeben resp. zu überlassen hat.[2]

3) Der Intestaterbe ist jedoch gesetzlich berechtigt, hieran seinen Pflichttheil abzuziehen, wenn er Notherbe des Testators ist;[3] und ist er zugleich ein Descendent ersten Grades des Erblassers, so kann er überdieß die Quarta Trebelliana für sich in Anspruch nehmen.[4]

Der letztere Satz ist in unserer vaterländischen Gesetzgebung[5] ganz klar ausgesprochen;[6] und es kann nur auf einem mißverständlichen Hieherbeziehen einer andern Landrechtsstelle, die von den Fideikommissen handelt, nämlich Thl. III. Tit. 13. §. 3 beruhen, wenn Griesinger[7] und ihm nach Reyscher[8] den Abzug des Pflichttheils und der Trebellanischen Quart nicht gleichzeitig, sondern nur successive in dem Falle zulassen wollen, wenn in Folge der von dem Testator gesetzten Bedingung oder Zeitbestimmung die Erbschaft erst später restituirt werden muß. Die Fälle, welche die beiden Gesetzesstellen im Auge haben, sind aber ganz verschieden und dürfen daher nicht mit einander vermengt werden. Dort liegt ein wirkliches Fideikommiß vor, hier wird in Folge der Wirkung der Codicillarklausel ein Fideikommiß blos fingirt. Wenn also dort der Erblasser die sofortige Restitution der Erbschaft anordnete, so hat er damit klar ausgesprochen, daß er dem Kinde nichts hinterlassen wolle, als was er ihm hinterlassen muß, nämlich den Pflichttheil. Hier aber liegt gar kein ausgesproche-

---

[2] L. R. Thl. III. Tit. 20 §. 13. Vergl. Eisengrein's Relation hiezu in den L. R. Akten S. 403—404 405—406.

[3] c. 16, 18 X. de testament. 3, 26.

[4] cfr. l. 6 C. ad Stc. Treb. 6, 49.

[5] L. R. Thl. III. Tit. 20 §. 18 u. f. Vergl. L. R. Akten S. 406 u. 379.

[6] Weishaar Pr. R. Th. II. §. 961. Stein Erbrecht Ausg. v. Kübel (3. Aufl.) §. 156. Tafel Civ. R. Spr. Thl. I. S. 158 ff.

[7] Kommentar. B. 6 S. 366 vergl. mit S. 375.

[8] Priv. R. Thl. III. §. 661 vergl. mit §. 676 Note 6.

ner Wille des Erblassers vor, weil das Testament gefallen ist und die Intestaterbfolge eintritt; man muß also annehmen, daß es in der Absicht des Erblassers gelegen sei, seinem Kinde neben dem Pflichttheil auch dasjenige zu hinterlassen, was jedem Fiduciar gebührt, nämlich die Quarta Trebelliana.

4) Die Berufung auf eine Schenkung von Todeswegen ist nicht begründet. Das Landrecht setzt nämlich in Thl. III. Tit. 20 §. Wiewohl nun rc. als regelmäßige Wirkung der Codicillarklausel die Conversion des Testaments in ein Intestat-Codizill und der Erbeinsetzung in ein Universal-Fideikommiß fest. Soll nun im einzelnen Falle eine andere Wirkung eintreten, soll anstatt jener im Gesetz vorgeschriebenen Umwandlung eine Schenkung von Todeswegen angenommen werden, so müssen hiefür ganz bestimmte faktische Gründe vorliegen und es müssen die Bedingungen einer gültigen mortis causa donatio vorhanden sein. In der ersten Beziehung wurde von dem Beklagten lediglich nichts geltend gemacht, als die in der Codicillarklausel stehenden Worte. Auf diese aber an sich kann kein erhebliches Gewicht gelegt werden, weil sie, wie die tägliche Erfahrung lehrt, von den Testamentsverfassern stets und meistens ohne alle besondere Veranlassung und ohne daß der Testirer vielleicht nur eine Ahnung davon hat, was unter jenem Ausdruck zu verstehen sei, in die Codicillarklausel aufgenommen werden. Liegt daher sonst nichts vor, woraus das Bewußtsein und der Wille, zu schenken, auf Seite des Erblassers hervorgeht, so kann aus jenen Worten nur das gefolgert werden, daß die Absicht des Testirers war, sein Wille solle, wenn auch nicht als Testament, so doch auf andere gültige Weise aufrecht erhalten werden, und dieser Wille wird durch den Eintritt der gesetzlichen Wirkung der Codicillarklausel respektirt. Sodann aber ist, wenn die Schenkung von Todeswegen gleich zwischen der donatio inter vivos und dem Legat steht, wenn sie sich sogar vielleicht dem Legat mehr nähert, als der Schenkung unter Lebenden, wie

aus den Worten des Gesetzes: ad exemplum legatorum, legatorum instar hervorgeht,[9] doch soviel gewiß, daß zur Gültigkeit der Schenkung von Todeswegen besonders nach der einstimmigen Ansicht der Württ. Rechtslehrer die Annahme des Beschenkten zu Lebzeiten des Schenkers wesentlich erforderlich ist.[10] Gerade an dieser Acceptation aber fehlt es hier, oder sie ist wenigstens nach der eigenen Einräumung der Beklagten nicht mehr erweislich.

5) Das am 26. Februar 1858 dem Sohne C. H. ausgesetzte Fahrnißprälegat ist gültig, weil in dem Aufsatze, in welchem es hinterlassen wurde, die für letztwillige Verfügungen der Eltern vorgeschriebenen Formen beobachtet sind (L. R. Thl. III. Tit. 5. §. 6), weil durch die unrechtmäßige Enterbung nur die Erbeinsetzung aufgehoben wird, die Legate und sonstigen Verfügungen aber stehen bleiben (L. R. Thl. III. Tit. 17 §. 5, Tit. 20 §. 9) und weil auch nach dem Wegfallen des Testamentes die Verfügung vom 26. Februar 1858 als Intestat-Codizill aufrecht erhalten werden muß.

Erkenntniß des K. Gerichtshofs in Eßlingen vom 23. März 1863 i. S. A. H. gegen C. H. und Gen. von Besigheim.

3) Unter das Verbot der Bevorzugung des zweiten Ehegatten fallen auch Zuwendungen an das zugebrachte uneheliche Kind der zweiten Frau. Die Voraussetzung seiner Anwendung ist die Liberalität der Zuwendung.

I. Es ist aus den Theilungsakten des Johann Bernhardt C. von H. ersichtlich und zwischen den Partheien unbestritten, daß dieser in seinem Testamente vom 18. Juni 1860

---

[9] §. 1. Inst. de donat. 2, 7, l. 17 Dg. h. t. 39, 6.

[10] Bolley, Verm. Auff. S. 58, 59. Zeitter, Freiw. Gerichtsb. Thl. 1. §. 324. Weishaar, Priv. R. Thl. III. §. 1113. Reyscher, Priv. R. Thl. III. §. 693 Z. 2. Griesinger, Kommentar, Thl. IV. S. 1025 Note 4. Reinhardt, Kommentar, Thl. III. S. 250. Kübel, Steins Erbrecht (3. Aufl.) §. 178. Weiske Rechtslex. Bd. 9. S. 714. Mühlenbruch, Lehrb. Thl. III. §. 771.

seiner Wittwe, der Mutter der Beklagten, ihren vollen gesetzlichen Erbtheil, und der Apellatin, ihrer Tochter, die in der Klagschrift aufgeführten Liegenschaften und Fahrnißstücke im dortigen Anschlage von zusammen 585 fl. als Legat verschaffte; dagegen ist zwischen den Partheien Streit darüber, ob diese letztere Verschaffung an die Apellatin eine entgeltliche oder ob und wieweit sie eine unentgeltliche, d. h. eine Liberalität gegen die Apellatin sei. Da die Frage, ob überhaupt eine Liberalität zu Gunsten der Tochter vorliege, für den Klageanspruch der Antin vor Allem Andern präjudiziell ist, sofern die Antin einen Klaganspruch auf die l. 6. C. de sec. nupt. und auf das Generalrescr. vom 20. Juli 1683 nicht gründen könnte, wenn eine solche Liberalität nicht vorläge, so war vor Allem diese Frage zu entscheiden.

Daß vom Testirer im Allgemeinen eine Liberalität beabsichtigt war, geht schon aus der Art und Weise der gemachten Verschaffung hervor. Zwar sagt er in Punkt II. des Testamentes, daß er der Apellatin diese Zuwendung für die ihm geleisteten Dienste statt ihres Liedlohns vermache, wenn er aber in Punkt III. und IV. im Widerspruch hiemit erklärt, die Zuwendung finde nicht statt, wenn die Apellatin, ohne sich zu verehelichen, vor seinem Tode aus dem Dienste trete, deßgleichen, wenn sie vor ihm mit Tod abgehe, so ersieht man, daß er die geleisteten Dienste nur zum Scheine angeführt und die Verschaffung aus einem andern Grunde, nämlich für die künftige Verehelichung der Apellatin gemacht hat, weil, wenn er die schon seit 6 Jahren geleisteten Dienste wirklich hätte belohnen wollen, er diese Belohnung nicht auf den bloßen Fall der Verehelichung hätte beschränken können.

Man kann daher nicht umhin, in der Verfügung des Testirers statt einer Entschädigung für geleistete Dienste vielmehr der Hauptsache nach ein reines Legat im rechtlichen Sinne zu erkennen. Hiegegen ist nun zwar von der Apellatin eingewendet, a) daß der Verschaffung des Testirers der Charakter der Liberalität überhaupt deßhalb nicht bei-

gemessen werden dürfe, weil ihr die Zuwendung außer den bisher geleisteten Diensten zugleich auch für den Fall der längeren Lebensdauer des Testirers und ihrer demgemäß länger dauernden Dienstleistung bei diesem gemacht sei und b) daß auch schon ihre kürzere Dienstleistung einen dem Betrag des Legats gleichkommenden Gegenwerth und Gegenanspruch begründe, insofern sie ihre Dienste nicht blos dem Stiefvater, sondern auch einem Stiefbruder, und nicht blos 6, sondern 12 Jahre geleistet habe, der von der Antin berechnete Jahreslohn von bloßen 25 fl. zu nieder sei und überdieß ihr Stiefvater ihr die Nutznießung aus einem Morgen ihr gehörigen Landes entzogen habe ꝛc. — (Eine diese Einwendungen aus den Thatsachen widerlegende Ausführung wird als ohne allgemeines Interesse hier übergangen.) Es ist hienach nur der Gesammtbetrag von 150 fl. (auf 6 Jahre gerechnet) als Entschädigung für geleistete Dienste anzuerkennen, welche nach dem Zugeständniß der Antin als im Werthe des Legats begriffen anzusehen ist. Alles Weitere im Werthe von 435 fl. oder nach den Anschlägen der Zubringensinventur im Werthe von 540 fl. oder nach der Behauptung der Antin sogar von 825 fl. ist als eine der Atin zugedachte Freigebigkeit zu betrachten und muß als solche ausgeschieden werden, weil auf diese das Verbot des Gesetzes, welches jede Umgehung, mag sie in irgend welcher Weise geschehen, untersagt, Anwendung zu finden hat.[1]

II. Hiernach hängt die Begründung des Anspruchs der Antin blos noch davon ab, ob die Vorschrift des Gesetzes auch auf die Atin, als uneheliches Kind ihrer Mutter, Anwendung findet.

Die l. 6. pr. C. de secund nupt. 5, 9 und in Bestätigung derselben Nov. 22. cap. 27 verbietet die Mehrverschaffung an die zweite Gattin ganz allgemein und un-

[1] cfr. Lenz, Bemerkungen über das Erbrecht des zweiten Ehegatten, besonders in Rücksicht auf den heutigen Gebrauch der l. 6. C. de sec. nupt. etc. Tübingen 1781. S. 51—53.

bedingt, sowohl direkt als indirekt, unter Lebenden und von Todeswegen sei es durch Erbeseinsetzung, Legat, Fideicommiß, Schenkung von Todeswegen u. s. w. und insbesondere auch unter der Form, wenn dem zweiten Gatten durch Vermittlung dritter Zwischenpersonen zu viel verschafft oder ein Vortheil zugewendet wird, indem sie am Ende mit den Worten schließt: „omni circumscriptione, „si qua per interpositam personam vel alio „quocunque modo fuerit excogitata, cessante." Daher und ebenso die Novelle, „nullaque machinatio „neque per suppositas personas, neque ex „alia causa adhibeatur" sagt auch Griesinger[2] unter Berufung auf Harpprecht,[3] und Cujac;[4] schon nach römischem Recht sei die Mehrverschaffung an die Stiefkinder verboten gewesen.

An dieser l. 6. C. 5, 9 hat das Generalrescript vom 20. Juli 1683 im Allgemeinen nichts geändert, sondern es hat diese lex blos den Eigenthümlichkeiten des württ. Erbrechts (wonach der Ehegatte gewisse Theile des Nachlasses jedenfalls erhält) angepaßt und die aus letzteren in der Praxis hervorgegangenen Mißverständnisse und irrigen Anwendungen der lex 6. C. 5, 9 beseitigt. Namentlich in Absicht auf den allgemeinen Grundsatz der l. 6. C. daß jede in fraudem des Prinzips des Gesetzes geschehene Mehrverschaffung, möge sie geschehen wie sie nur wolle, nichtig sei, und in Absicht auf die Personen, gegen welche die l. 6. C. geht, hat das Generalrescript an der letzteren nichts geändert, und wenn in demselben die beigebrachten Kinder des zweiten Ehegatten speziell und neu genannt sind, so kommt dieß blos daher, daß dasselbe, um die Sache vollständig klar zu machen, aus einander halten zu müssen glaubte, wie bei diesen Verhältnissen dreierlei Arten von Kindern, nämlich die Kinder erster Ehe des conjux

[2] Comm. Bd. 8. S. 437. Anm.

[3] Consult. 35. N. 67 und 44.

[4] ad l. 6. C. de sec. nupt. in Operib. tom IX. p. 468.

binubus, die gemeinschaftlichen Kinder aus der zweiten Ehe, und die beigebrachten Kinder des zweiten Ehegatten vorkommen können, so daß mit der Erwähnung der letzteren Kinder nicht der Zweck verbunden war, den Umfang der Personen, auf welche l. 6. C. anzuwenden sei, zu beschränken. Die l. 6. C. cit. und Nov. 22 c. 27 gilt daher in dieser Richtung neben dem Generalrescript fort und alle Personen, mittelst deren im einzelnen Falle das Gesetz umgangen werden will, fallen darunter. Nur der Unterschied besteht, daß im Fall einer Mehrverschaffung an die beigebrachten ehelichen Kinder des 2. Ehegatten die fraus contra legem im Generalrescripte von selbst schon angenommen wird, ohne daß sie erst besonders erwiesen zu werden braucht, während bei andern Zwischenpersonen diese fraus erst bewiesen werden muß.[5]

Die Atin als uneheliches Kind der 2. Ehegattin fällt daher im vorliegenden Falle gleichfalls unter das Gesetz, sobald die Annahme begründet werden kann, daß durch die ihr gemachte Verschaffung ihrer Mutter selbst ein vermögensrechtlicher Vortheil zugewendet worden ist, der dieselbe Bedeutung hatte, wie wenn ihr, der Mutter ein Mehreres über ihre statutarische Portion hinterlassen worden wäre, — und diese Annahme läßt sich wirklich vollkommen begründen.

Bekanntlich steht die Mutter und ihr uneheliches Kind zu einander, im Allgemeinen im gleichen Rechtsverhältnisse, wie die Mutter und ein eheliches Kind, sofern die persönlichen und die Vermögensrechte zwischen ihnen die gleichen wie beim letzteren sind, weshalb auch die Vortheile, die dem unehelichen Kinde zugewandt werden, eben so oft wie beim ehelichen Kinde zugleich der Mutter zu statten kommen können; auch hat die Mutter an das uneheliche Kind jedenfalls die gleiche persönliche Anhänglichkeit wie an ein

---

[5] cfr. Weishaar, württ. Prtv. R. Bd. I. §. 218. Lenz, l. c. S. 50—53, 94—96, 101.

anderes. Schon hienach ist daher, wenn der conjux binubus der Atin etwas zuwendete, ähnlich wie bei zugebrachten ehelichen Kindern, im Allgemeinen zu vermuthen, daß die Zuwendung durch den Einfluß der 2. Gattin auf die Schwäche des conjux binubus erfolgt und daß dieser mit Rücksicht auf ihre Person die Zuwendung gemacht haben werde.

Sodann aber bestand diese Zuwendung im vorliegenden Falle gerade darin, daß der Testirer dem unehelichen Kinde seiner 2. Gattin, weil es nicht genug eigenes Vermögen besaß, den größeren Theil der zur Verehelichung erforderlichen Ausstattung schenkte. — Auf dieses, d. h. auf die Ausstattung, bezog sich nämlich das Legat, welches der Atin zwar zunächst für ihre Dienstleistungen, in der Hauptsache aber und versteckter Weise nach Punkt III. des Testaments für den Fall, daß sie schon vor dem Ableben des Testirers heirathete, nach Punkt II. aber für den Fall, daß sie erst nach seinem Ableben voraussichtlich heirathen würde, folglich auf alle Fälle des Heirathens verschafft ward und nachdem die Atin schon 7½ Monate nach Errichtung des Testamentes wirklich geheirathet hatte, so wurde wie ihr Zubringensinventar ausweist, ihre Ausstattung diesem gemäß wirklich zum größeren Theil durch die Objekte des Legats hergestellt, indem sie, wie die nähere Ausscheidung ihres Beigebrachten ergiebt, an eigenem Vermögen nur 221 fl. 36 kr., an Legat dagegen 585 fl., oder wie der erhöhte Anschlag des Zubringensinventars ergab, 690 fl. einbrachte, so daß ihre Mutter aus ihren eigenen Mitteln an Heirathgut nur noch 221 fl. 15 kr. der Tochter zuzuschießen brauchte.

Hat aber der Testirer den größeren Theil der zur Verehelichung der Atin erforderten Ausstattung hergegeben, so hat er damit eine nach den Gesetzen der Mutter des unehelichen Kindes obliegende rechtliche Verbindlichkeit erfüllt, folglich dieser den vermögensrechtlichen Vortheil, daß sie nun von ihrem eigenen Vermögen um so viel weniger

abzugeben brauchte, verschafft, beziehungsweise ihr diesen Aufwand ersetzt, und da diese daneben den vollen gesetzlichen Erbtheil empfing, so ist somit jene in fraudem legis erfolgte Verschaffung in so weit, als nicht die Apellantin für geleistete Dienste einen Abzug, beziehungsweise Ersatz anerkannt hat, für ungiltig zu erklären rc.

III. Diesem gemäß war, da nach der l. 6 cit. wie nach dem General-Rescr. die legirten Objekte, wie wenn sie nicht legirt worden wären, an die Intestaterben zurückfallen, das Verlangen der Klägerin, daß ihr diese Objekte zu dem sie treffenden Drittelsantheil in Natur herausgegeben werden, mit Ausnahme der Fahrniß, für welche die Klägerin nur den Ersatz fordert, weil sie schon bei der Theilung auf Naturalansprüche daran verzichtet hatte, begründet und ebenso ist es, obgleich der Rechtsstreit eigentlich aus der Person der Mutter geschöpft ist, gerechtfertigt, daß die Klage nur gegen die Tochter gerichtet wurde, weil diese letztere im ausschließlichen Besitze der herausgeforderten Objekte ist und in solchem Falle die hier platzgreifende hereditatis petitio nur gegen diese dritte Person geht.[6]

Erkenntniß des Kreisgerichtshofes in Eßlingen vom 29. März 1864 i. S. der Wittwe K. in K. gegen die Ehefrau des G. S.

4) Der Grundsatz des Württ. Landrechts, daß die Testamentsmündigkeit nach zurückgelegtem 16. Lebensjahr eintritt, findet auch auf letztwillige Verfügungen zu milden Zwecken Anwendung.

Während nach römischem Recht die Fähigkeit ein Testament zu errichten (testamenti factio activa) mit erreichter Mündigkeit, also beim männlichen Geschlecht mit

---

[6] **Mühlenbruch, Pand. Bd. III. §. 713, 714.** cfr. l. 13 §. 1. D. de hered. petit. 5, 3. l. 1 §. 3. D. si. pars hered. 5, 4.

dem vollendeten 14., beim weiblichen mit dem vollendeten 12. Lebensjahre vorhanden ist, hat das Württ. Landrecht (Thl. III. Tit. 2 §. 2) als Regel festgesetzt, daß die Testamentsmündigkeit bei beiden Geschlechtern erst mit zurückgelegtem 16. Lebensjahre eintrete, wobei sich der Gesetzgeber nur das Recht vorbehalten hat, in besonderen Fällen, aus hochbewegenden Ursachen solchen Personen, welche wenigstens das 14. Lebensjahr zurückgelegt haben, auf gebührendes Suppliciren im Wege der Dispensation die Errichtung eines Testamentes zu gestatten.

Als Grund für diese vom römischen Recht abweichende Bestimmung des Alters der Testaments-Mündigkeit ist im Gesetze selbst angegeben, daß Personen unter 16 Jahren „noch nicht zu solchem Alter kommen, daß sie zu testiren für genügsam verständig und tauglich geachtet würden“ und in der Eisengreinischen Relation wird die Abweichung vom gemeinen Recht des Näheren damit motivirt: daß die Erfahrung mit sich bringe, was bei 12 und 14 jährigen Personen für ein Verstand et quam fragile sit et infirmum hujusmodi aetatis consilium, quamque multis captionibus et insidiis (praesertim hoc seculo avarissimo) sit obnoxia et exposita haec aetas,[1] wogegen von der Bebenhäuser Kommission keinerlei Widerspruch erhoben wurde.[2]

Hiernach kann es nicht dem mindesten Zweifel unterliegen, daß das Württ. Landrecht Personen unter 16 Jahren regelmäßig, und zwar aus dem Grunde für unfähig zur Errichtung eines Testamentes erklärt, weil es ihnen an zureichendem Verstand zur Vornahme dieser Handlung gebricht. Wenn nun weiterhin in Thl. III. Tit. 6 §. 2 des Landrechts (und zwar wörtlich übereinstimmend mit dem Antrag Eisengrein's in seiner Relation[3]

---

[1] Faber u. Schloßberger, Landrechts-Akten S. 319.
[2] Ebendaselbst S. 571.
[3] Landrechts-Akten a. a. O. S. 348 und 588—589.

verordnet ist, daß zu Gunsten einer milden Stiftung letztwillig disponiren möge, „ein Jeder, der sonst genugsamen Verstandes halber zu testiren, in Recht für taugentlich gehalten, ob ihnen gleich sonsten anderer Ursachen wegen solches durch die Rechte nicht zugelassen," so ist durchaus nicht abzusehen, wie hieraus soll gefolgert werden können, daß zu Gunsten einer pia causa jede mit hinreichendem Verstand begabte Person, sofern sie nur das Alter der Mündigkeit überhaupt (also das Alter von 14 resp. 12 Jahren) erreicht hat, testiren dürfe. Vielmehr folgt aus der Vergleichung der beiden angeführten Landrechtsstellen das Gegentheil — nämlich, daß auch zur Gültigkeit einer letztwilligen Verfügung zu milden Zwecken, das in Thl. III. Tit. 2 §. 2 festgesetzte Alter der Testamentsmündigkeit erfordert wird, und zwar folgt dieß mit Nothwendigkeit daraus, daß, wie oben erwähnt wurde, Personen, welche dieses Alter noch nicht erreicht haben, gerade wegen Mangels genugsamen Verstandes — und nicht anderer Ursachen wegen — vom Gesetze für testirunfähig erklärt sind. Die Annahme, daß das Landrecht in Thl. III. Tit. 6 §. 2 unter den „genugsamen Verstandes halber zu testiren in Recht für tauglich gehaltenen Personen" unter Zugrundlegung des römischen Rechts auch die Mannspersonen mit 14 und Weibspersonen mit 12 Jahren begreife, während in dem vorhergehenden Titel solche Personen ausdrücklich und fast mit denselben Worten für nicht genugsam verständig und taugenlich erklärt worden — widerstreitet den Regeln der Gesetzesauslegung; auch würde diese Annahme zu einer offenbaren Inkonsequenz führen, indem nach derselben letztwillige Verfügungen zu Gunsten milder Stiftungen, von denen doch gewiß nicht gesagt werden kann, daß zu ihrer Errichtung ein geringerer Grad von Einsicht und Verstandesreife, als zu ähnlichen Verfügungen zu Gunsten anderer Personen, z. B. der nächsten Verwandten, gehöre, von Solchen errichtet werden könnten, die zu jeder andern letztwilligen Verfügung wegen

ihres noch nicht genügend entwickelten Verstandes gesetzlich für unfähig erklärt sind.

Hiernach verdient die Ansicht, daß Personen unter 16 Jahren (abgesehen von erlangter Dispensation, welche überdieß ohne Unterschied des Geschlechts vor zurückgelegtem 14. Lebensjahre nicht zulässig ist, im vorliegenden Falle also mit Erfolg gar nicht hätte nachgesucht werden können) auch ein Testament zu milden Zwecken ebensowenig als irgend eine andere letztwillige Verfügung gültig errichten können, und zwar ohne daß dabei nach dem Grundsatze: cessante ratione legis, non cessat lex ipsa [4]), im einzelnen Falle auf den höheren oder geringeren Grad der Verstandesreife einer solchen Person etwas ankommt,[5] entschieden den Vorzug vor der von Reyscher[6] und unter Berufung auf diesen und auf Weishaar,[7] von Kübel[8] aufgestellten, übrigens nicht näher begründeten Meinung, daß auch ein Mündiger unter 16 Jahren, wenn er nur sonst (was wohl in jedem vorkommenden Falle erst besonders untersucht werden müßte) hinreichenden Verstand besitze, zu milden Zwecken testiren könne.

Erk. des Gerichtshofes in Eßlingen vom 16. Februar 1863 in Sachen A. gegen L.

5) Expropriation. Freie Würdigung des Beweises durch Sachverständige.[9]

Die Berechnung einer Durchschnittssumme bei wider-

---

[4] Vergl. Wächter, Handbuch des Privatrechts II. S. 142 Note 33.

[5] cfr. Griesinger, Commentar über das Landrecht Bd. V. S. 158 und Reinhardt, Landrechts-Commentar Bd. III. S. 58 und 59.

[6] Württ. Privatrecht §. 653.

[7] Privatrecht §. 814.

[8] In Stein's Handbuch des Württ. Erbrechts. 3. Aufl. §. 62.

[9] Vgl. dies. Archiv Bd. IX. S. 97 u. f. Da die Civilprozeßordnung vom 3. April 1868 die dem deutschen Entwurf entnommenen Bestimmungen des Gesetzes vom 21. August 1865 wörtlich aufgenommen hat, so hat diese Entscheidung ihre praktische Bedeutung nicht verloren.

sprechenden Taxationen rechtfertigt sich vom Standpunkt der freien Beweiswürdigung, welcher das Gesetz vom 21. August 1865 für den Beweis durch Sachverständige zur Geltung gebracht hat, nur unter der Voraussetzung, daß die Abweichung unter den einzelnen Schätzungen eine blos quantitative, d. h. eine Folge, der in jeder Reduktion des materiellen Werthes auf bestimmte Zahlen liegenden relativen Willkühr ist, nicht aber dann, wenn dieselbe auf eine verschiedene Auffassung bezüglich der bei der Schätzung zu berücksichtigenden einzelnen Werthmomente zurückgeführt werden muß; unter dieser Voraussetzung tritt vielmehr an den Richter die Nothwendigkeit heran, entweder den Standpunkt der Majorität oder der Minorität sich anzueignen, oder aber, sofern ihn keiner von beiden überzeugt, ein neues Gutachten einzufordern.

Im gegenwärtigen Fall lag nun, wie bereits der Unterrichter hervorgehoben hat, der Grund der großen Abweichung zwischen der Schätzung der Mehrheit und der Minderheit in der ganz verschiedenen Auffassung bezüglich der namentlich aus der Lage des Grundstücks und dem Einfluß des benachbarten Eisenbahnbetriebs zu entnehmenden faktischen Schätzungs-Momente.

Es war daher, da dieser Widerspruch durch die Berechnung eines Durchschnitts der Resultate der Schätzungen nicht gehoben werden konnte, dem Richter aber die konkrete Sachkenntniß abgeht, um sich für die Richtigkeit des einen oder des andern Standpunktes auszusprechen, die Einholung eines neuen Gutachtens gerechtfertigt.

Erk. des Gerichtshofes in Eßlingen vom 12. November 1866. i. S. der E. D. g. H.

6) Die Voraussetzung der Rechtswohlthat der Kompetenz im Gante, daß die Insolvenz eine unverschuldete sei, ist von dem Gantmann zu beweisen.

Soll einem Gantmann die Rechtswohltat des Noth-

bedarfs zu Statten kommen, so hängt dieß nach bekannten Rechtsgrundsätzen davon ab, daß derselbe nicht aus eigenem Verschulden, sondern durch Unglücksfälle in den Vermögenszerfall gerathen ist, und dieß zu erweisen, liegt nicht dem klagenden Gläubiger, sondern ihm, dem Gantmann, ob.[1] Zum Beweis hierüber aufgefordert, konnte sich nun der Beklagte nur auf seine Angaben bei Vornahme der Vermögens-Untersuchung und das bei Einleitung seines Gantes von dem Gemeinderath über ihn ausgestellte Zeugniß beziehen.

Allein für die Richtigkeit der von dem Beklagten angeführten Thatsachen wurde lediglich kein Beweis erbracht. Das gemeinderäthliche Zeugniß sodann spricht sich im Allgemeinen dahin aus, daß dem Beklagten keine Verschwendung oder sonstiges strafbares Verschulden an seiner Insolvenz zur Last gelegt werde. Mit dieser Negation eines *strafbaren* Verschuldens seitens des Gemeinderaths ist aber dem erforderten Beweise nicht genügt.

Dem Beklagten kann daher die Rechtswohlthat des Nothbedarfs gegenüber dem Kläger bezüglich seiner anerkannten Forderung nebst Zinsen nicht zu Statten kommen.

Erk. des Gerichtshofes in Eßlingen vom 26. Juni 1865 in Sachen R. gegen W.

7) *Die Verpflichtung zur Ableistung des Offenbarungseides über den Betrag einer Erbschaft ist nicht durch ein bestimmtes rechtliches Verhältniß zu dem Erblasser bedingt; derselbe kann nach den Umständen auch von solchen gefordert werden, welche sich thatsächlich in die Erbschaft eingemischt haben. Der Offenbarungseid ist kein zugeschobener Eid.*

Zu Begründung der Beschwerde gegen das Urtheil des nächstvorigen Richters wurde geltend gemacht, das

---

[1] **L. R. Th. I. Tit. 76 §. 7 und 10. Fecht, das Konkursverfahren ꝛc. S. 31. Sarwey, Monatschr. Bd. 18 S. 350, 353—358.**

Wesen des Offenbarungseides bestehe darin, daß Jemand durch seinen Aufenthalt, d. h. durch sein Wohnen bei dem Schuldner, in dessen häuslicher Gemeinschaft in einem solchen Verhältniß zu demselben gestanden habe, daß ihm dessen Vermögen oder ein Theil desselben anvertraut werden mußte und daß die betreffende Person in Folge dieses Vertrauens-Verhältnisses zur Rückgabe alles dessen, was ihr ausdrücklich oder stillschweigend anvertraut war, an sich verpflichtet sei. Von einer solchen Obligation befreie sich eine solche Person vollständig nur durch den Offenbarungseid, was etwas ganz Anderes sei, als wenn auf Grund der vorhandenen Möglichkeit der Entwendung ein Eid verlangt werde, daß eine solche nicht vorgekommen sei.

Der Beklagte habe sich nun in dem J. J. F.'schen Hause nicht aufgehalten, sei nur, wie der Arzt, aus und eingegangen, er habe außer seiner Theilnahme für die Person der Erblasserin lediglich nichts in dem Hause zu thun gehabt, es sei ihm Nichts anvertraut, Nichts übergeben worden — und es fehlte mithin bei ihm an einer wesentlichen Voraussetzung des Offenbarungseids.

Allein seiner eigenen Einräumung zufolge war ihm nach dem Tode des rc. F. von dessen, damals bereits schwer erkrankten und am vierten Tage nach ihrem Manne verstorbenen Wittwe eine bedeutende Werthssumme (4900 fl. in Staatsobligationen) anvertraut worden, um solche an verschiedene ihrer Seitenverwandten als Geschenk zu vertheilen, und er behielt diese Werthpapiere in seiner Verwahrung, bis er sie zu der am 22. April 1864 vorgenommenen Erbschaftstheilung der Theilungsbehörde übergab.

Ferner geschah es, nach der eigenen Einräumung des Beklagten, wenigstens mit seinem Vorwissen und in seinem Beisein, daß nach dem Ableben der Erblasserin und vor der Obsignation der weitere Betrag von 4500 fl. an Werthpapieren aus der Verlassenheit weggenommen und einem der Miterben auf Seite des verstorbenen F., dem J. G.

F. in G. zum Zweck einer Privatvertheilung unter den Miterben übergeben wurde, weil, wie behauptet wurde, unter den Erbsinteressenten die Befürchtung aufgetaucht war, die Erblasser möchten ihr Capitalvermögen nicht getreu zur Versteurung fatirt haben und man einer Steuerdefraudations-Untersuchung auszuweichen hoffte, wenn ein Theil des Capitalvermögens der öffentlichen Theilung durch die Behörde entzogen und privatim vertheilt würde.

Beide Vorgänge weisen entschieden auf eine besondere Vertrauensstellung des Beklagten rücksichtlich des Vermögens und der Verlassenschaft der J. F.'schen Eheleute hin.

Dem Beklagten, welcher der kinderlosen Erblasserin an sich schon, als Gatte einer verstorbenen Nichte derselben, sowie als Pfleger eines geisteskranken Neffen, welchen sie in ihrem Testament bedacht hatte, sehr nahe stand, wurde von derselben, als er ihr, der zur Zeit des Todes ihres Ehemanns bereits selbst tödtlich erkrankten Frau, hülfreich beistand, ein namhafter Theil des vorhandenen Vermögens zu abgesonderter Verwahrung und Verfügung nach den ihm mündlich ertheilten Anweisungen überwiesen, wobei, wie bei dem todtkranken Zustand der Erblasserin kaum anders anzunehmen ist, wohl auch das Ganze der vorhandenen Werthpapiere bei der zu treffenden Ausscheidung, seiner discretionären Obhut anvertraut war.

Auch zeigt die Anwesenheit des Beklagten bei der Hinwegnahme der Werthpapiere im Betrag von 4500 fl. vor der Obsignation, mag solche auch, wie behauptet wurde, nur eine passive Betheiligung als Zeuge gewesen sein, daß er jedenfalls mit den nach dem Ableben der Wittwe F. herbeigerufenen Angehörigen von Erbsinteressenten eine gewisse Obhut über die Verlassenschaft theilte, wenn er auch nicht selbstthätig bei der Beseitigung jener Werthpapiere mitgewirkt haben sollte, was nicht näher aufgeklärt ist, während übrigens die Angabe des J. G. F. bei der Verhandlung des von den Klägern gegen denselben vor dem Oberamtsgerichte Geislingen geführten Prozesses, die Ab-

leistung eines Offenbarungs-Eides betreffend, auch auf ein selbstthätiges Mithandeln des Beklagten bei der Wegschaffung der fraglichen Werthpapiere hinweist, indem J. G. F. angab, „daß ihm die fraglichen Werthpapiere von dem Beklagten in Verbindung mit dem Konditor Sch. übergeben worden seien."

Aus beiden Vorgängen ergibt sich eine Vertrauensstellung des Beklagten bezüglich der Vermögensmasse, in welche derselbe schon durch die Erblasserin selbst eingewiesen worden war, welche ihm aber auch von den herzugekommenen Seitenverwandten eingeräumt wurde, und wozu er sich auch durch seine Stellung als Pfleger eines der Intestaterben der Wittwe F. berufen erachten konnte, — (denn ob Beklagter mit dem Inhalt des Testaments und daß sein Pflegling blos auf eine festbestimmte Summe zum Erben eingesetzt war, schon voraus bekannt war, steht dahin —) es ergibt sich aber auch daraus, wenigstens theilweise, ein wirkliches Eingreifen in die Verlassenschaft von seiner Seite, welche ihn den mit jenen Vorgängen unbekannten Miterben gegenüber verantwortlich machen und zur Auskunftertheilung über den Bestand des Verlassenschaftsvermögens verpflichten mußte.

Ob der Beklagte in der Zeit dieser seiner Einmischung in die Angelegenheiten der Verlassenschaft als Hausgenosse im engern Sinn zu betrachten war, ob er nur ab und zuging 2c. ist von untergeordneter Bedeutung.

Die Möglichkeit einer gegenseitigen Kontrole der verschiedenen anwesenden Angehörigen von Erbsinteressenten gegeneinander ist um so weniger geeignet, die Verantwortlichkeit des Beklagten auszuschließen, als jene verschiedenen Personen zusammen an einer Einmischung in die Verlassenschaft und an der Wegnahme von Werthpapieren sich betheiligt haben und sich hierdurch den dabei unbetheiligten Miterben gegenüber eines unbefugten Eingreifens in die Verlassenschaft schuldig gemacht haben.

Das Verlangen der Kläger, daß der Beklagte über

den Bestand der Masse durch Leistung des Offenbarungs-Eids Auskunft ertheile, erscheint daher nach den eigenen Prämissen des Beschwerdeführers begründet 2c.

Einer Bescheinigung besonderer Verdachtsgründe bedarf es zu Begründung des Antrags auf einen Manifestationseid nicht, auch kann der Ruf der Unbescholtenheit von der Verbindlichkeit hiezu nicht befreien 2c.

Erkenntniß des Königl. Obertribunals vom 25. Februar 1868 i. S. H. gegen F.

Mittheilungen aus der Rechtsprechung des Obertribunals in Civilsachen.

Mit Bemerkungen.

(Von Dr. Kübel.)

1) Uebergang der Nebenrechte beim Forderungskauf.

Wer eine Forderung käuflich erwirbt, erlangt damit, soweit nichts Anderes verabredet ist, auch die mit der Forderung verknüpften Nebenrechte von selbst, insbesondere also auch den Anspruch auf gesetzliche oder die etwa durch den Verzug des abgetretenen Schuldners begründeten Zinse.[1] Dagegen kann sich die gesetzliche Haftung des Cedenten (des Verkäufers) für die Richtigkeit der Forderung auf das Bestehen accessorischer Rechte nur dann erstrecken, wenn derselbe das Bestehen solcher Rechte zugesichert hat.[2] Ob dieß geschehen, ist lediglich Thatfrage, für deren Beurthei-

---

[1] l. 23 pr. D. de her. vel act. vend. (18, 4); cst. 6 Cod. de O. et. A. (4, 10); l. 43 D. de usuris (22, 1); Puchta, Pand. §. 284 und Vorles. hiezu N. 1; Seuffert, Pand. Recht §. 301 Note 1a; Sintenis, Civilrecht, (1. Aufl., Bd. II. §. 128 bei Note 81; Windscheid, Pand., 2. Aufl., Bd. II. §. 332 Note 8.

[2] A. D. Weber, Beitr. zu der Lehre v. Klagen u. Einreden, 4. Aufl., Stück I. Nro. 5, S. 38, 41; Mühlenbruch, Cession §. 64 Note 194 S. 626.

lung insbesondere die Natur der accessorischen Rechte, um welche es sich handelt, von wesentlicher Bedeutung ist. Während da, wo durch Vertrag, Anerkenntniß oder Urtheil festgesetzte Zinse in Frage sind, regelmäßig schon die Bezeichnung der Forderung als einer verzinslichen, oder die Beziehung auf eine der Verzinslichkeit erwähnende Urkunde hinreichen wird, um die Annahme einer solchen Zusicherung und die Haftung für das Bestehen des Zinsenanspruchs zu begründen, wird umgekehrt, wo lediglich gesetzliche oder Verzugszinse in Frage sind, die Erklärung des Cedenten, daß er Zinse anzusprechen habe oder Zinse ansprechen zu können glaube, eine Zusicherung, daß die Forderung eine verzinsliche sei, darum nicht ohne Weiteres in sich schließen, weil die Vermuthung gegen die Uebernahme des hier stets vorhandenen Risiko's sprechen wird. In solchem Falle wird daher auch die ausdrückliche Uebernahme der Haftung für die Richtigkeit und selbst für die Güte der abgetretenen Forderung im Zweifel, und wo dieß nicht besonders bedungen ist, eine Haftung für das Bestehen des Zinsenanspruchs nicht begründen.

Entscheidung des Obertribunals vom 27. September 1872 in der Berufungssache Lehmann c. Mayer.

2) Kann der debitor cessus von dem Cessionar den Nachweis eines giltigen Rechtstitels der Cession verlangen?

Es ist in der Theorie und Praxis anerkannt, daß das Rechtsgeschäft, auf welchem die Cession beruht, zunächst lediglich den Cedenten und den Cessionar unter sich berührt, während der Schuldner außerhalb dieses Rechtsgeschäftes steht und bei demselben nicht betheiligt ist.[3] Dem Schuldner muß daher die Beschaffenheit dieses Rechtsgeschäftes gleichgültig sein und es kann ihm aus derselben ein Recht nicht erwachsen, für ihn ist vielmehr, wenn er

[3] Ueber das Wesen der Cession vergl. Württ. Archiv Bd. X., S. 121 ff. Note 6.

zum Cessionar in ein Verhältniß der Berechtigung und Verpflichtung kommen soll, nur soviel erheblich und nothwendig, daß der Gläubiger eine Erklärung abgibt, durch welche er die Ausübung oder Geltendmachung seiner Forderung dem Cessionar überläßt, damit der Schuldner mit Sicherheit erfahre, an wen er zu zahlen berechtigt und verpflichtet sei. Diese Erklärung des Gläubigers liegt aber in einer vollkommen zureichenden Weise vor, sobald derselbe überhaupt ausgesprochen hat, daß er seine Forderung dem Andern „cedire", mag nun die causa cessionis dabei angegeben sein oder nicht und mag die Cessionsform blos zum Zwecke der Einkassirung für ihn oder aber zum Zwecke der eigenthümlichen Uebertragung der Forderung an den Cessionar gewählt worden sein; in allen Fällen wird dadurch der Schuldner ermächtigt, den Cessionar wie seinen wahren Gläubiger anzusehen und an ihn zu zahlen, ohne daß er zu besorgen hätte, im Fall dieser Zahlung dem Cedenten nochmals Zahlung leisten zu müssen. Nach diesen Grundsätzen, welche auch von dem Obertribunal anerkannt sind, kann daher, wenn gleich der Cedent erklärt hat, daß der Cessionar ihm für die Cession Nichts bezahlt habe und den Prozeß statt seiner führe, der Bekl. debitor cessus von dem klagenden Cessionar den Nachweis eines giltigen Rechtstitels der Cession nicht fordern und ebensowenig derselben die Einwendung, daß sie nur simulirt sei, damit der Kl. die Forderung für den Cedenten beitreibe, entgegenhalten, weil der Beklagte durch die Zahlung an den Kläger als den Cessionar, auch wenn die Cession simulirt ist, liberirt wird, und weil der Beklagte im Uebrigen, wofern ihm nicht kraft singulärer gesetzlicher Vorschrift, die aber im gegenwärtigen Falle nicht zutrifft, ausnahmsweise ein besonderes Recht zusteht, zu dieser Einrede, als einer exceptio de jure tertii, nicht befugt ist.[4]

Entscheidung des Obertribunals vom 28. November 1872 in der Berufungssache Collmar c. Vogt.

---

[4] Württ. Archiv Bd. III. S. 147 Nr. 6; S. 188; vergl. jedoch

3) Cession einer Alimentenforderung.

Der Graf F., gegen welchen von dem K. bayerischen Bezirksgerichte A. das Gantverfahren eingeleitet wurde, bezieht zufolge Erkenntnisses dieses Gerichtes aus den Revenüen des Gräfl. F.'schen Fideikomißvermögens für sich und seine Familie durch das gräfl. Rentamt St. eine in monatlichen Raten zahlbare jährliche Kompetenz von 1200 fl. Laut Urkunde vom 9. August 1871 verkaufte der Gemeinschuldner diese Kompetenz für das Jahr 1872 vom 1. Januar dieses Jahres anfangend an Heinrich D. in U. und bekannte, den Betrag baar empfangen zu haben. Nachdem jedoch der Graf F. im Früjahr 1872 wegen Verschwendung entmündigt worden war, wurde von dem ihm bestellten Kurator die Rechtsbeständigkeit der Cession der Kompetenz bestritten, und wurde dieß auf erhobene Klage des D. damit zu begründen gesucht, daß die Kompetenz als ein nach den individuellen Verhältnissen des Gemeinschuldners sich richtender Anspruch auf Alimentation an dessen Person geknüpft und zum Unterhalt seiner Person und seiner aus Gattin und einem Kinde bestehenden Familie bestimmt, dieselbe somit ein höchst persönliches Recht und unübertragbar sei. Die Einrede wurde als unbegründet verworfen und es besagen dießfalls die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe: Will man auch die dem Inhaber eines standesherrlichen oder ritterschaftlichen Fideikomißgutes in dem gegen ihn eingeleiteten Gantverfahren ausgesetzte Kompetenz, welche in Wahrheit nur in der Belassung eines Theiles der Revenüen besteht, auf gleiche Stufe mit gewöhnlichen Alimenten stellen, so ist trotz dem das den Klagegrund bildende Rechtsgeschäft ein vollkommen giltiges. So gewiß nämlich der Anspruch auf Alimentation als ein höchst persönliches Recht unübertragbar ist, ebenso gewiß kann die Einhebung der auf Grund dieses Rechtes nach den Verhältnissen des zu Alimentirenden fest-

---

Bd. XIII. S. 152 Note 3.

gesetzten Reichnisse einem Dritten übertragen werden, wenn und soweit nur die Leistung hiedurch nicht eine andere wird.[1] Letzteres trifft hier, wo es sich von einer fixirten

[1] Schmid, Cession Thl. II. S. 287; Puchta, in Weiske's Rechtslexikon Bd. II. S. 642 Note 12; Seuffert, Pand. §. 299 Note 7; Entwurf eines gemeinsamen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse §. 323. „Forderungen deren Geltendmachung an eine besondere nicht übertragbare Eigenschaft des Gläubigers geknüpft ist, oder deren Inhalt durch die Geltendmachung seiten eines Andern als des ursprünglichen Gläubigers eine Aenderung erleiden würde, können nicht veräußert werden." Protokolle der Dresdener Obligationenrechtskommission Bd. II. S. 957—959, 1082, 1083; Bd. VI. S. 4198, 4199; vergl. auch Bd. III. S. 2276—2280, 2431, 2432; grh. hessischer Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches Abth. IV., Buch 1 §. 265 „Jede Forderung ohne Rücksicht auf ihren Entstehungsgrund kann Gegenstand der Abtretung sein, es sei denn 1) daß die Geltendmachung derselben an eine besondere, nicht übertragbare Eigenschaft des Gläubigers geknüpft wäre, oder 2) daß der Inhalt der Forderung verändert würde, wenn solche von einem andern als dem ursprünglichen Gläubiger geltend gemacht werden sollte." Motive S. 139, 140; bayerischer Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches Thl. I. Art. 146 „Die Abtretung einer Forderung ist unzuläßig, wenn die Geltendmachung derselben an eine besondere unübertragbare Eigenschaft des Gläubigers geknüpft ist, oder wenn der Inhalt der Forderung durch die Geltendmachung derselben von Seite eines Dritten verändert würde. Demgemäß kann insbesondere der Anspruch auf Alimentation als solcher nicht abgetreten werden; ebensowenig sind die auf Leistung von Diensten oder die Ueberlassung des Gebrauches oder des Fruchtgenusses einer Sache gehende Forderungen als solche ohne die Einwilligung des Schuldners abtretbar. Inwiefern die Ausübung des bestellten Gebrauches oder Fruchtgenusses einer Sache abgetreten werden kann, ist an andern Orten des Gesetzbuches bestimmt." Motive S. 98, 99; K. Sächsisches bürgerl. Gesetzbuch §. 966 „Setzt eine Forderung zu ihrer Geltendmachung eine nicht übertragbare Eigenschaft des Berechtigten voraus, oder würde deren Inhalt durch Leistungen an einen Andern geändert, so ist deren Abtretung unzuläßig." Züricher bürgerl. Gesetzbuch §. 1029 „Forderungen, welche ihrer Natur nach nur einer bestimmten Person individuell zustehen, sind nicht übertragbar, z. B. Forderungen auf persönliche Dienstleistungen und Alimente, oder auf Genugthuung wegen Injurien"; österreichisches bürgerl. Gesetzbuch §. 1393 „Rechte, die der Person ankleben, folglich mit ihr

Geldleistung, welche ihrer Natur nach weder an die Person des Gläubigers überhaupt, noch an eine besondere nicht übertragbare Eigenschaft desselben geknüpft ist, nicht zu. Aus dem Zwecke aber, zu welchem die Leistung erfolgt, deren Unübertragbarkeit abzuleiten, ist schon deßhalb unzuläßig, weil dieser Zweck für den zu Alimentirenden ebenso gut durch Verwerthung des Rechtes auf Einhebung der festgesetzten Reichnisse sich verwirklichen läßt.

Entscheidung des Obertribunals vom 7. Januar 1873 in der Berufungssache der Kuratel des Grafen F. c. D.

4) Verträge Minderjähriger; Haftung derselben im Falle der Bereicherung, Beweislast.

Nach den bei uns für Minderjährige überhaupt geltenden Grundsätzen des römischen Rechtes über die Haftung des Pupillen kann der Minderjährige aus Verträgen, welche er ohne Zustimmung seines Vormunds abgeschlossen hat, nur bis zum Belaufe der Bereicherung in Anspruch genommen werden.[1] Und zwar muß diese Bereicherung noch zur Zeit der Streitbefestigung, nach den Grundsätzen unseres jetzigen Prozeßrechtes aber (Civilprozeßordnung Art. 328 325) zur Zeit der Klagzustellung mit der den Prozeß einleitenden Verfügung vorhanden sein. Es hat daher Derjenige, welcher aus einem solchen Vertrage klagend gegen den Minderjährigen auftritt, die Bereicherung des Letzteren als den Klagegrund zu behaupten und nachzuweisen. Hiebei fragt es sich dann, ob zur Begründung des Anspruchs des Klägers die Behauptung und der Beweis, daß das Vermögen des Minderjährigen vermehrt

---

erlöschen, können nicht abgetreten werden", vergl. Stubenrauch, das allg. bürgerl. Gesetzbuch Bd. III. S. 627; preußisches Landrecht Thl. I., Tit. 11 §. 382 „Alle Rechte, welche nicht an die Person des Inhabers gebunden sind, können Andern abgetreten werden."

[1] Württ. Archiv Bd. XII. S. 389 u. die dort zitirten Gesetzesstellen.

worden sei, genügt und der Beklagte seiner Seits einredeweise darzuthun hat, daß diese Vermögensvermehrung nicht mehr bestehe, oder aber ob dem Kläger die Fortdauer der Bereicherung zur Zeit der Streitbefestigung, beziehungsweise der Klagezustellung zu beweisen obliegt. Aus den Gesetzen läßt sich nun dafür, was zur Begründung des Anspruchs aus der Bereicherung des Minderjährigen in der angeführten Richtung erforderlich sei, Nichts entnehmen. Denn dieselben sagen nur, daß es bei der Haftung des Pupillen aus den von ihm ohne Zustimmung seines Vormunds eingegangenen Rechtsgeschäften darauf ankomme, ob derselbe zur Zeit der Streitbefestigung bereichert sei. Z. B. l. 37 pr. D. de neg. gestis (3,5); l. 34 pr. D. de min. (4,4). Dieß kann aber sehr wohl so verstanden werden, daß der Pupill aus der eingetretenen Bereicherung dann nicht in Anspruch genommen werden kann, wenn er behauptet und nachweist, daß zur Zeit der Streitbefestigung die Bereicherung aufgehört habe. Dagegen sprechen für die Ansicht, daß Kläger nur den Eintritt der Bereicherung, der Beklagte aber das Aufhören der letzteren zu beweisen habe, schon Billigkeitsgründe, da es dem Kläger zwar nicht schwer fallen wird, solche Thatsachen zu beweisen, aus welchen sich die Vermehrung des Vermögens des Beklagten ergibt, wohl aber die Fortdauer derselben bis zu einem späteren Zeitpunkte darzuthun, während auf der andern Seite der Beklagte leicht in der Lage sein wird, zu beweisen, daß infolge später eingetretener Thatsachen die Bereicherung nicht mehr bestehe. Sodann steht jene Ansicht in Einklang mit den allgemeinen Grundsätzen über die Beweislast bei der condictio sine causa, als welche sich die erhobene Klage darstellt. Der Anspruch auf Erstattung des auf ungerechtfertigte Weise in das Vermögen eines Andern Gekommenen ist nämlich begründet mit dem Eintritt der Vermehrung des Vermögens des Letzteren und bleibt so lange bestehen, als der Beklagte nicht nachzuweisen vermag, daß diese Vermögensvermehrung wieder weggefallen

sei,[2] obwohl die Bereicherung, auf deren Herausgabe jene Kondiktion gerichtet ist, nach den Gesetzen noch zur Zeit der litis contestatio vorhanden sein muß — l. 7 pr. D. de don. inter vir. et. ux. (24, 1.).[3] Nicht abzusehen ist aber, warum bei der Haftung des Minderjährigen auf Grund der Bereicherung andere Grundsätze über die Beweislast gelten sollten, als bei der condictio sine causa, da doch der Begriff der Bereicherung bei dem Minderjährigen ganz derselbe ist, wie bei der den Gegenstand der erwähnten Klage bildenden Bereicherung überhaupt.[4] Ferner kommt gerade der Umstand, daß nach den Gesetzen die Streitbefestigung der entscheidende Zeitpunkt für die Bereicherung sein soll, für diese Ansicht in Betracht. Denn da zwischen der Klage und der Streitbefestigung ein längerer Zwischenraum in der Mitte liegen kann, so ist dem Kläger nicht zuzumuthen, zur Begründung seiner Klage zu behaupten, daß die Bereicherung des Beklagten zu dem späteren Zeitpunkte der Streitbefestigung noch vorhanden sei. Kann aber diese Behauptung vernünftiger Weise nicht zur Klagebegründung gehören, so erscheint der Kläger auch nicht als beweispflichtig für dieselbe. Von dieser Ansicht über die Vertheilung der Beweislast bei der Klage aus der Bereicherung gegen den Minderjährigen ist das Obertribunal bereits in einer früheren Entscheidung ausgegangen.[5]

Entscheidung des Obertribunals vom 15. November 1872 in der Nichtigkeitsklagsache Föhr c. Friedland.

5) Verträge zwischen dem Hausvater und dem Hauskinde.

Das Landrecht Thl. II. Tit. 28 §. 5 bestimmt, daß

---

[2] Savigny, System Bd. IV. S. 163, 177; Sintenis, Civilrecht Bd. II. §. 109 bei u. in Note 103; Seuffert, Pand. §. 439 Note 16.

[3] Sintenis, Civilrecht Bd. II. §. 109 Note 95 vergl. mit §. 102 Note 86 a. E.

[4] Savigny, System Bd. IV. S. 72 Note 9.

[5] Württ. Archiv Bd. XII. S. 388 ff.

kein Vater mit seinem Sohne, den er in seiner Gewalt habe, einen verbindlichen Vertrag abschließen dürfe, „es geschehe denn mit Unserer Amptleut und Gericht vorgehender erkenntnus." Da diese Bestimmung weder durch ein Gesetz, noch durch Gewohnheitsrecht aufgehoben worden ist, so muß sie noch jetzt als giltig angesehen werden. Denn der Umstand, daß dieselbe im Anschluß an die Grundsätze des römischen Rechtes über die väterliche Gewalt und die aus dieser abgeleitete sog. Personeneinheit zwischen Hausvater und Haussohn getroffen worden ist, und daß nach dem heutigen gemeinen Rechte Rechtsgeschäfte zwischen dem Hausvater und Hauskind überhaupt giltig sein sollen,[1] vermag die Fortdauer der Giltigkeit jener landrechtlichen Bestimmung nicht zu alteriren, da mit dem Aufhören des Grundes eines Gesetzes dieses nicht von selbst außer Kraft tritt. Davon, daß die gedachte Vorschrift des Landrechtes noch jetzt in Wirksamkeit ist, geht auch die K. Verordnung vom 19. Juni 1808 aus, welche in §. 17 diese Vorschrift anführt und bestimmt, daß an Orten, wo keine Gerichte seien, die Beurtheilung der hier einschlagenden Fälle und die Ertheilung des erforderlichen Erkenntnisses den Ortsmagistraten überlassen werde.[2] Wenn das Notariatsgesetz jener Vorschrift und der Behörde, welche das gerichtliche Erkenntniß zu ertheilen habe, nicht erwähnt, so kann hieraus Nichts gegen die Geltung der Landrechtsbestimmung abgeleitet werden, da jenes Gesetz keine Veranlassung hatte, sich in der gedachten Richtung auszusprechen, vielmehr sich in Art. 1 begnügte, im Allgemeinen die seitherige Berechtigung des Gemeinderathes zur Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit, also insbesondere auch in dem durch die

---

[1] Zu vergl. dagegen: **Arndts**, Pand. §. 435, 436; **Puchta**, Pand. §. 438; **Vangerow**, Pand. Bd. I. §. 237 Anm. 2; **Sintenis**, Civilrecht Bd. III. §. 142; **Seuffert**, Archiv Bd. VII. Nro. 195, Bd. IX. Nro. 44, 309; Bd. XV. Nro. 30; Bd. XXVI. Nro. 138.

[2] Reg.-Blatt S. 326.

zit. Verordnung von 1808 festgesetzten Umfange, zu sanktioniren. Deßgleichen ist von sämmtlichen württembergischen Schriftstellern [3] und von der Gerichtspraxis, [4] insbesondere auch von dem Obertribunal in mehreren Entscheidungen, die fortdauernde Giltigkeit der fraglichen Gesetzesbestimmung anerkannt. Wenn sodann der zit. §. 5 von Verträgen des Hausvaters mit dem Haussohne spricht, so ist derselbe gleichwohl auch auf Verträge des Hausvaters mit der Haustochter zu beziehen, da sich ein vernünftiger Grund, aus welchem letztere Verträge nicht unter die fragliche Gesetzesbestimmung fallen sollten, nicht denken läßt. Dieser Auslegung der Landrechtsstelle, deren Ausdrucksweise hienach als eine konkrete anzusehen ist, steht auch nicht die Bemerkung der Haug'schen Relation zu dem fraglichen Paragraphen entgegen, daß derselbe „allein" von Vater und Sohn rede. [5] Denn es soll damit eben der Gegensatz zu andern Verwandten, als Vater und Kindern, angedeutet werden. Der §. 5 verbietet im Allgemeinen die Eingehung von Rechtsgeschäften zwischen Hausvater und Hauskind ohne hinzutretendes gerichtliches Erkenntniß und unterscheidet hiebei nicht, ob bei Abschluß des Geschäftes dem Kinde ein Vormund beigeordnet ist oder nicht, während er doch, falls im ersteren Falle die Anwendung der fraglichen Gesetzesbestimmung hätte ausgeschlossen werden wollen, dies ausdrücklich hätte hervorheben müssen. Denn wenn der Vormund des Kindes mit dem Vater kontrahirt, so ist es nicht so anzusehen, wie wenn ein Dritter mit dem Vater zu Gunsten des Kindes kontrahiren würde, vielmehr kontrahirt dieses selbst und ist hiebei nur wegen seiner beschränkten

---

[3] Griesinger, Komm. Bd. IV. S. 1128 ff.; Reinhardt, Komm. Bd. I. S. 376; Weishaar, württ. Privatrecht Bd. I. §. 248; Reyscher, württ. Priv.-Recht Bd. III. §. 603; Wächter, Vorlesungen zum württ. Priv.-Recht; Römer deßgl. §. 177.

[4] Tafel, Civilrechtsspr. Bd. IV. S. 168 ff.; Notar. Zeitschrift von 1861 S. 107.

[5] Landrechtsakten S. 238.

Handlungsfähigkeit durch einen Dritten vertreten. Sodann wäre es im Allgemeinen überflüssig gewesen, Verträge des Hausvaters mit dem minderjährigen Hauskind nur dann zu verbieten, wenn dieses hiebei nicht durch einen Vormund vertreten ist, da derartige Verträge jedenfalls für das Kind nicht verbindlich sind. Dazu kommt, daß durch die Aufstellung eines Vormunds für ein Hauskind das Verhältniß desselben zu seinem Vater, welches durch die väterliche Gewalt begründet wird, keine Aenderung erleidet, der Grund der Landrechtsbestimmung aber lediglich das besondere, durch die väterliche Gewalt geschlossene Rechtsverhältniß ist. Es kann nämlich nicht angenommen werden, daß durch die Bestellung eines Vormundes zum Zwecke des Abschlusses eines Rechtsgeschäftes des Hauskindes mit dem Hausvater ersteres aus der väterlichen Gewalt auch nur zeitweilig entlassen wird. Denn eine solche Absicht liegt hiebei dem Vater ferne, vielmehr soll eben eine Vertretung für das nicht handlungsfähige Kind geschaffen werden. Auch ist unserem Rechte eine derartige stillschweigende Emanzipation nicht bekannt. Ferner ergibt sich schon aus dem Wortlaute des §. 5, welcher den Ausdruck „verbieten" gebraucht, daß der Mangel des gerichtlichen Erkenntnisses nicht etwa blos das Hauskind berechtigt, das Geschäft als ungiltig anzufechten, der Vater dagegen gebunden ist, wenn das Kind letzteres gelten lassen will, daß vielmehr die Vorschrift des Landrechtes eine absolut gebietende ist und ihre Nichtbeobachtung daher Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes nach sich zieht. Für letzteres spricht auch, daß, wie schon mehrfach hervorgehoben worden ist, nach der Haug'schen Relation [6] die Bestimmung des §. 5 durch die aus der väterlichen Gewalt abgeleitete Personeneinheit zwischen Hausvater und Hauskind oder richtiger Vermögensunfähigkeit des Letzteren veranlaßt worden ist, diese aber zu der

---

[6] Landrechtsakten S. 238.

Konsequenz eines für beide Kontrahenten ungiltigen Vertrages führt.

Entscheidung des Obertribunals vom 3. September 1872 in der Berufungssache Besenfelder c. Riedlinger.

6) Verkauf einer persönlichen Apothekekonzession.

Der Apotheker B. in L., welcher seit dem Jahr 1845 auf den Grund einer ihm verliehenen persönlichen Konzession eine Apotheke in L. betrieb, verkaufte am 17. Dezember 1864 an die Ehefrau des Apothekers Sch. mit Zustimmung ihres Ehemanns sein Haus, in welchem bis dahin die Apotheke betrieben worden, nebst Garten um die Summe von 12,000 fl. Diese 12,000 fl. sind von der Sch.'schen Ehefrau bezahlt worden. Es wurde jedoch in dem Kaufvertrage Ziff. VI. weiter bestimmt, daß der Ehemann der Käuferin als selbstständiger Verwalter der Apotheke beim Verkäufer auf dessen Lebzeiten oder insolange eintrete, bis die K. Kreisregierung zu Gunsten des Käufers eine Verfügung getroffen habe und finde die Uebernahme der verantwortlichen Leitung des Geschäftes nach Genehmigung der K. Aufsichtsbehörde statt. Ferner heißt es in der Kaufvertragsurkunde Ziff. VII: „Käufer und Verkäufer einigen sich, die zum Betriebe der Apotheke gehörigen Einrichtungen, Vorräthe, Apparate u. s. w. für die Summe von 12,000 fl. anzuschlagen und macht sich Käufer verbindlich, wenn seiner Zeit die persönliche Konzession auf ihn oder einen Andern übergehe, diese Summe in angemessenen Raten zu bezahlen." Der Kaufvertrag wurde durch das Oberamt und das Oberamtsphysikat der K. Kreisregierung mit dem Anfügen vorgelegt, daß Apotheker B. wegen vorgerückten Alters und Kränklichkeit seine Gewerbebefugniß durch Sch. als Verwalter ausüben lassen wolle, worauf die K. Kreisregierung durch Erlaß vom 24. Febr. 1865 reskribirte, daß sie gegen Bestellung des Sch. zum Verwalter der Sch.'schen Apotheke Nichts zu erinnern habe, der Verkauf des B.'schen Hauses an Sch. aber nur unter der Bedingung gestattet

werden könne, daß das Verbleiben der Apotheke im Hause gesichert sei, welches Verbleiben dann als vertragsmäßig gesichert angezeigt wurde. In weiteren Erlassen der Kreisregierung vom 26. Juli 1865 und 5. Oktober 1865 wurde wiederholt betont, daß Sch. nur als Verwalter des verantwortlichen B. die Apotheke betreiben dürfe und auch später wurde Sch. nur als Verwalter des B. behandelt und es wurde das Verhältniß auch der Kreisregierung gegenüber von Sch. und B. stets so dargestellt. Thatsächlich wurde jedoch die Apotheke von Sch. auf eigene Rechnung betrieben und von B. wurden nur die Zinse aus den für die Apothekeeinrichtung stipulirten 12,000 fl. bezogen. Im J. 1871 endete aber dieses Verhältniß dadurch, daß auf gegen Sch. erhobene Klagen von Seiten des Publikum die Kreisregierung den Apotheker B. zur Entlassung des Sch. aufforderte und jener schließlich in Folge dessen auf seine Konzession verzichtete, worauf die Apothekekonzession zu L. an einen Dritten wiederverliehen wurde. B. machte nun geltend, daß hiemit die Voraussetzung der Verbindlichkeit zur Bezahlung der weiteren 12,000 fl. eingetreten sei und erhob dießfalls Klage gegen die Sch.'sche Ehefrau. Diese Klage wurde abgewiesen und es besagen dießfalls die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe:

Der Vertrag in Ziff. VI. u. VII. der Urkunde vom 17. Dezember 1864 stellt sich als ein Kaufvertrag dar, welcher neben der Apothekeeinrichtung das Recht zur Ausnützung der Konzession des Klägers auf dessen Lebenszeit zum Gegenstande hat. Schon die Erklärung des Klägers bei den Kaufsunterhandlungen, er verkaufe seine Apotheke, Haus und Einrichtung um 24,000 fl. deutet darauf hin. Hiezu kommt die Bestimmung der Ziff. VI., daß der Ehemann der Beklagten, falls nicht früher eine Verfügung zu seinen Gunsten von der K. Kreisregierung getroffen werde, auf Lebenszeit des Klägers bei demselben als selbstständiger Verwalter eintrete, in Verbindung mit der dem Vertrage nachgefolgten Uebung, nach welcher die Apotheke auf Rech-

nung und Nutzen der Sch.'schen Eheleute betrieben worden ist, woraus sich ergibt, daß in Wirklichkeit nicht, wie dieß in der Vertragsurkunde darzustellen versucht wird, die Verwaltung der Apotheke des Klägers durch Sch., sondern die Ausübung der Konzession des Klägers durch den Ehemann der Beklagten beabsichtigt worden ist, sowie daß der Kläger sich verpflichtet hat, diese Ausübung und die Ausnützung seiner Konzession zum Vortheil der Sch.'schen Eheleute und durch den Ehemann der Beklagten auf die Dauer seines Lebens zu gestatten. Ist es schon hienach kaum anders denkbar als daß diese Zugeständnisse des Klägers an die Sch.'schen Eheleute von dem Kläger nicht ohne Entgelt gemacht worden sind, so kann darüber, daß die Ausnützung der Konzession des Klägers neben der Apothekeeinrichtung ein Gegenstand des Kaufes war, ein Zweifel nicht bestehen, wenn man den grellen Widerspruch beachtet, in welchem der Kaufpreis von 12,000 fl. mit dem im Juni 1872 erzielten Erlös von 2819 fl. 39 kr. steht, mag man auch unterstellen, daß ihr Werth zur Zeit des Vertrags vom 17. Dezember 1864 etwas höher gewesen.

Dem Kläger war nur die persönliche Konzession zum Betriebe einer Apotheke in L. ertheilt. Der Verkauf einer solchen persönlichen Berechtigung an einen Dritten ist nach dem Wesen derselben nicht möglich und nach den gesetzlichen Bestimmungen, welche gewisse, im öffentlichen Interesse gelegene, Voraussetzungen der Konzessionsertheilung aufstellen, unstatthaft. Nach §. 11 der K. Verordnung vom 4. Januar 1843 ist zwar die Verpachtung einer Apotheke gestattet, aber nur in den bestimmten dort angeführten Fällen und nur nach vorgängiger Anzeige der Beweggründe und der näheren Bestimmungen des Pachtvertrages bei der Kreisregierung, welche von Aufsichtswegen zu prüfen hat, ob der Vertrag nicht in medizinalpolizeilicher Beziehung Grund zur Besorgniß einer Vernachtheiligung des Publikums biete (§. 16 der Ministerialverordnung vom 30. Mai 1843). Der Verkauf der Ausübung und Ausnützung einer

Konzession ist nichts Anderes, als eine Umgehung dieser Vorschriften. Der Kläger macht zwar geltend, der Vertrag sei der K. Kreisregierung vorgelegt und von ihr bestätigt worden. Allein er ist nur in der Form, in welche ihn die Kontrahenten gekleidet haben, nicht seinem wahren Inhalt nach vorgelegt worden, und es ist augenscheinlich aus keinem andern Grunde und zu keinem andern Zwecke diese Form gewählt worden, als um die Aufsichtsbehörde über seinen wahren Inhalt zu täuschen. Dieser Zweck ist ferner auch erreicht worden, wie die Erlasse der Kreisregierung zeigen, sofern sie alle davon ausgehen, daß Sch. nur der Verwalter des Klägers sei. Und es ist nur eine weitere Bestätigung dafür, daß der Kläger neben der Apothekeeinrichtung auch die Ausübung und Ausnützung seiner Konzession verkauft hat, darin zu finden, daß er nicht nur von Anfang an den wahren, auf die Ausübung seiner persönlichen Konzession durch Sch. zum Vortheil der Sch.'schen Eheleute gerichteten Inhalt des Vertrages in Gemeinschaft mit den Letzteren verdeckt hat, sondern auch in der Folge und bis zum Ende der Aufsichtsbehörde gegenüber zu verdecken bemüht war, wie seine vorliegenden Erklärungen beweisen.

Der Vertrag in Ziff. VI. u. VII. der Urkunde vom 17. Dezember 1864 ist hienach, als auf die Umgehung von im öffentlichen Interesse gegebenen gesetzlichen Bestimmungen gerichtet, nichtig und unklagbar und er ist dieß, da alle seine Theile in untrennbarem Zusammenhang stehen, in seinem ganzen Umfang.

Entscheidung des Obertribunals vom 9. Januar 1873 in der Berufungssache Sch. c. B.

7) Fixgeschäft; Lieferungskauf auf Zeit.

Da beim Lieferungskauf auf Zeit oder Fixgeschäft die Leistung selbst durch die Zeit bedingt und an diese gebunden ist, so daß sie nach Ablauf derselben nicht mehr als Leistung gilt, so wird zum Vorhandensein eines solchen Lieferungsgeschäftes auf Zeit nach gemeinem Rechte, wie

nach Art. 357 des Handelsgesetzbuches die Verabredung erfordert, daß die Lieferung der Waare genau zu einer festbestimmten Zeit, weder früher noch später, oder genau binnen einer festbestimmten Frist und nicht später zu geschehen habe.[1] Die bloße Vereinbarung eines Lieferungstermins ist in Ermanglung eines maßgebenden Zusatzes an sich nicht genügend, um die Absicht der Kontrahirung eines Fixgeschäftes konstatiren zu können, da einem Vertrage eine Erfüllungszeit angehängt werden kann, ohne daß er ein Fixgeschäft sein soll, und es müßte wohl aus den den Vertrag begleitenden Umständen und Aeußerungen der Kontrahenten der Beweis geführt werden, daß die Intention derselben auf die unbedingte Lieferung der ganzen Waare innerhalb der bestimmten Frist, somit auf ein Fixgeschäft gerichtet war.[2]

Entscheidung des Obertribunals vom 29. Oktober 1872 in der Berufungssache Heyd c. Schwarz.

8) Liegenschaftsgesetz; Bezeichnung der Vertragschließenden in der Vertragsurkunde[3] bei Vertragsschließung durch eine Handelsgesellschaft.

Die Kaufleute Friedrich Koch und Anton Ehing hatten sich zum Betriebe einer offenen Handelsgesellschaft unter der Firma „Eḣing und Koch“ mit einander verbunden. Während der Zeit des Bestehens dieser Handelsgesellschaft verkaufte Apotheker Bilfinger laut Eintrags in dem die Vertragsurkunde vertretenden Kaufbuch von „Anton Ehing, Kaufmann von Wurmlingen, und Friz Koch, Kaufmann von Ueberlingen, beide in Rottenburg wohnhaft“ ein Wohnhaus nebst weiterer Liegenschaft und es wurde der Vertrag

---

[1] Thöl, Handelsrecht Bd. I. S. 520; Hahn, Komm. Bd. II. S. 282, 278; Württ. Arch. Bd. IX. S. 408, 409, 405, 406.

[2] Hahn, a. a. O. S. 284, 285; Thöl, a. a. O.; Württ. Archiv a. a. O. S. 408.

[3] Dieses Archiv Bd. VI. S. 180 f.; Bd. X. S. 433 f.; Bd. XI. S. 156 ff.; Bd. XIV. S. 375 f.

im Kaufbuche unterzeichnet von „C. Bilfinger“, „A. Ehing“, und „F. Koch“. Ehing gerieth in Gant und es wurde nun Koch auf Bezahlung des gesammten Kaufschillings in Anspruch genommen, indem geltend gemacht wurde, daß der Kaufvertrag für die Gesellschaft „Ehing und Koch“ abgeschlossen worden sei, und daß, wenn auch beim Vertragsabschlusse diese Firma nicht gebraucht worden sei, sich doch aus den Umständen ergebe, daß das Geschäft nach dem Willen der Kontrahenten für die Gesellschaft habe geschlossen werden sollen, woraus dann die Solidarhaft der beiden Gesellschafter von selbst folge. Das Gericht erster Instanz hat der Klagbitte entsprechend erkannt, indem es davon ausging, der Beweis, daß der Kaufvertrag nach dem Willen der Kontrahenten für die Handelsgesellschaft geschlossen worden sei (Handelsgesetzbuch Art. 114 Abs. 2), sei erbracht und es seien die Vorschriften des Liegenschaftsgesetzes vom 23. Juni 1853 durch Art. 34 Abs. 6 des Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuche vom 13. August 1865 aufgehoben worden. Anderer Ansicht war das oberste Gericht und es besagen dießfalls die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe:

Da Verträge über unbewegliche Sachen nach Art. 275 des Handelsgesetzbuches keine Handelsgeschäfte sind, so findet der Art. 317 des Handelsgesetzbuches, wonach bei Handelsgeschäften die Giltigkeit von Verträgen durch die schriftliche Abfassung derselben nicht bedingt ist, hier keine Anwendung. Es sind demgemäß für den vorliegenden Fall die Vorschriften des Liegenschaftsgesetzes maßgebend, soweit solche nicht durch Art. 34 des Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuche für Handelsgesellschaften außer Anwendung gesetzt sind.

Durch Art. 2 Ziff. a des Liegenschaftsgesetzes ist als wesentliches Erforderniß für die Giltigkeit eines Kaufvertrages über Liegenschaften vorgeschrieben, daß die Vertragsurkunde die Namen der Kontrahenten enthalten müsse. Der Name einer Handelsgesellschaft ist aber die Firma derselben; es muß daher, wenn eine Handelsgesellschaft Kontrahentin ist und als solche gelten soll, deren Firma-

Name in der Vertragsurkunde genannt sein. Hieran ist durch Art. 34 Abs. 6 des Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuche Nichts geändert. Denn es ist durch die dort ausgesprochene Unanwendbarkeit des Art. 2 Abs. 2 des Liegenschaftsgesetzes auf Handelsgesellschaften nur gesagt, daß zur Giltigkeit eines solchen Vertrages die namentliche Nennung der einzelnen Mitglieder der Gesellschaft nicht erforderlich sei; dagegen bleibt die Vorschrift des Art. 2 Ziff. a des Liegenschaftsgesetzes in Kraft und die eingetretene Aenderung besteht nur darin, daß durch die Nennung der Gesellschaftsfirma als Kontrahentin in der Vertragsurkunde die Vorschrift des Liegenschaftsgesetzes bezüglich der Namhaftmachung der Kontrahenten erfüllt wird und die einzelnen Gesellschafter nach Art. 34 Abs. 2 des Einführungsgesetzes nicht namentlich aufzuführen sind.

Wenn ferner nach dem angeführten Artikel des Einführungsgesetzes auch der Art. 3 des Liegenschaftsgesetzes — wonach beim Eintrag in die öffentlichen Bücher die nachträgliche Benennung anderer als der in der Vertragsurkunde genannten Kontrahenten nicht zu beachten ist — auf Handelsgesellschaften keine Anwendung finden soll, so ist auch diese Vorschrift für die Frage, was die Vertragsurkunde enthalten muß, um den Vertrag als giltig zu erkennen, ohne Erheblichkeit. Hiefür ist lediglich der nicht aufgehobene Art. 1 Ziff. a—d des Liegenschaftsgesetzes maßgebend, während die Bestimmungen des Art. 3 des Liegenschaftsgesetzes für Handelsgesellschaften durch Art. 34 Abs. 1—5 des Einführungsgesetzes ersetzt sind.

Nun bestimmt zwar der Art. 114 Abs. 2 des Handelsgesetzbuches, daß die offene Handelsgesellschaft durch die von einem zu ihrer Vertretung befugten Gesellschafter in ihrem Namen geschlossenen Rechtsgeschäfte berechtigt und verpflichtet werde und daß es genüge, wenn die Umstände ergeben, daß das Geschäft nach dem Willen der Kontrahenten für die Gesellschaft geschlossen werden sollte. Allein abgesehen davon, daß dieser Fall hier nicht vorliegt, da

sämmtliche Gesellschafter unter ihrem eigenen Namen gehandelt haben, kann die besagte Bestimmung nur insoweit gelten, als die durch das Handelsgesetzbuch hier nicht berührten Formvorschriften des Liegenschaftsgesetzes nicht entgegenstehen. Sind diese wesentlichen Formvorschriften nicht beobachtet, ist nicht die Gesellschaft unter ihrer Firma in der Vertragsurkunde benannt, so ist es unerheblich, ob der Vertrag im Namen der Gesellschaft abgeschlossen werden wollte oder nicht.

Die Motive zu dem Entwurfe des Einführungsgesetzes bemerken zu Art. 28 des Entwurfes (Art. 34 des Gesetzes): „wie eine Handelsgesellschaft unter ihrer Firma in den Vertragsurkunden über Liegenschaftsveräußerungen und in den Kaufbüchern mit Wirkung für alle Gesellschafter als Kontrahentin bezeichnet werden könne, so müsse es auch gestattet werden, daß das zum Vermögen einer Handelsgesellschaft gehörende Grundeigenthum u. s. w. unter ihrer Firma, also auf den Kollektivnamen der Gesellschaft in die öffentlichen Bücher eingetragen werde.“

Hiernach gehen auch die Gesetzes-Motive davon aus, daß die Handelsgesellschaft, wenn sie kontrahire, in der Vertragsurkunde unter ihrer Gesellschaftsfirma als Kontrahentin benannt werden müsse.

Dieß ist in vorliegendem Falle nicht geschehen, vielmehr sind in der Vertragsurkunde nur die Personen der Gesellschafter als Käufer benannt und unterzeichnet und nur sie, nicht aber die Gesellschaft, sind vermöge der Formvorschriften des Liegenschaftsgesetzes dem Verkäufer gegenüber als Kontrahenten anzusehen. Hienach erscheint der Anspruch auf Solidarhaftung des Beklagten als Gesellschafters aus einem Namens der Gesellschaft abgeschlossenen Vertrage (Art. 112 des Handelsgesetzbuches) durch den Inhalt der Vertragsurkunde, aus welcher der Kläger sein Recht herleitet, ausgeschlossen.

Entscheidung des Obertribunals vom 22. Februar 1873 in der Berufungssache Koch c. Bilfinger.

9) Mäklervertrag.

Daß der Mäkler sich von beiden Parteien eine Belohnung versprechen läßt, ist mit dem Verhältnisse eines Mäklers und seiner Stellung als eines Vermittlers zwischen beiden Parteien keineswegs unverträglich.

Entscheidung des Obertribunals vom 26. September 1872 in der Berufungssache Ney c. Aich.

10) Vertrag der Mutter eines unehelichen Kindes über dessen Alimentation und Versorgung mit dem Vater desselben.

Die Mutter eines unehelichen Kindes hatte mit dem Vater desselben einen Vertrag betreffs der Ernährung und Versorgung des Kindes geschlossen, wonach der Vater als Beitrag zur Alimentation des Kindes bis zu dessen 14. Lebensjahre monatlich 5 fl. und nach Vollendung des 14. Lebensjahres des Kindes zu dessen Versorgung 400 fl. zu bezahlen versprach. Die Alimente wurden unweigerlich bezahlt, an den weiter zu bezahlenden 400 fl. blieb aber der Vater mit 260 fl. im Rückstand und auf die von dem inzwischen volljährig gewordenen Kinde erhobene Klage wandte derselbe ein, daß die Mutter der Klägerin den in Frage stehenden Vertrag zu Gunsten derselben mit rechtlicher Wirkung nicht ohne Zustimmung eines waisengerichtlich zu bestellenden Pflegers habe schließen können. Dieser Einwand wurde verworfen. Zwar, sagen die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe, kann nach Art. 28 des Gesetzes vom 5. September 1839 die uneheliche Mutter eine Klage auf Reichung von Alimenten an das uneheliche Kind nur in Verbindung mit dem Pfleger des Kindes gegen dessen Vater erheben. Allein ein Vertrag der Mutter mit dem Vater des unehelichen Kindes, wonach die Mutter gegen einen bestimmten Abtrag die ausschließliche Ernährung des Kindes übernimmt, ist darum nicht ungiltig, sondern nach der Bestimmung des Landrechtes Thl. IV. Tit. 18 §. 4 nur für das Kind nicht unbedingt verbindlich und seinen

Rechten unnachtheilig. Der Vater wird aber durch einen solchen Vertrag rechtlich verpflichtet und kann sich dieser seiner rechtlichen Verpflichtung nicht darum entziehen, weil kein Pfleger des Kindes bei dem Vertrage mitgewirkt habe.

Entscheidung des Obertribunals vom 2. September 1871 in der Nichtigkeitsklagsache Bauer c. Krumbacher.

11) Leibrentenvertrag.

Die Peter Kraft'schen Eheleute verkauften an zwei ihrer vier Söhne je die Hälfte ihres bäuerlichen Anwesens, wobei sie für sich selbst den Wohnsitz im Hause und die Verabreichung eines Leibgedings vorbehielten, deßgleichen für die unverheiratheten zwei Söhne einen Wohnsitz stipulirten und im Anschluß an diese Verfügung in beiden Kaufverträgen wegen der Verpflegung des blödsinnigen Sohnes Heinrich für die Zeit nach dem Ableben der Eltern in der Art Fürsorge trafen, daß die Gutskäufer die vollständige Verpflegung ihres Bruders bis zu seinem Ableben übernahmen, wofür ihnen, beziehungsweise ihren Wittwen und Kindern, als Gegenleistung die Nutznießung des ihrem Bruder dereinst zufallenden elterlichen Vermögens und nach seinem Tode die Ueberlassung des Grundstocks desselben zugesagt wurde. Diese Vereinbarungen wurden nach dem Tode der Eltern von der Pflegschaft des blödsinnigen Heinrich Kraft als rechtlich unverbindlich angefochten, da die fraglichen Rechtsgeschäfte als Disposition von Todeswegen aufzufassen seien und als solche nicht zu Recht bestehen können, eventuell Restitution begründet wäre. Von dem Obertribunal wurde jedoch jene Auffassung sowohl als die nachgesuchte Restitution nicht als begründet erkannt und es ist dießfalls aus den Entscheidungsgründen Folgendes auszuheben:

Das Institut der Leibrenten- oder Alimentationsverträge besteht längst in anerkannter Giltigkeit und ist namentlich auf dem Lande eingebürgert, wo vielfach das

ganze gegenwärtige oder auch zukünftige Vermögen gegen lebenslängliche Verpflegung einem Dritten überlassen wird.[1] Haben auch solche Verträge in Fällen der letztgenannten Art Aehnlichkeit mit den Erbverträgen, so sind sie doch mit diesen durchaus nicht identisch, sie gehören vielmehr zu den obligatorischen Verträgen, also zu den Rechtsgeschäften unter Lebenden.[2] Als solche Leibrenten- oder Ernährungsververträge sind die Vereinbarungen in Frage nach den ausdrücklichen Erklärungen der Kontrahenten, wie nach dem ganzen Gegenstand und Zwecke des Geschäftes zu betrachten. In den Vertragsurkunden wird wiederholt gesagt, der Sohn Heinrich sei von den Gutskäufern lebenslänglich „um sein Vermögen zu verpflegen." Die Käufer werden als Rentengeber bezeichnet und in dem von den Männern unterzeichneten Protokolle über die Ertheilung der gemeinderäthlichen Erkenntnisse sind die betreffenden Geschäfte geradezu Leibrentenverträge genannt. Gegen die Annahme, als ob letztwillige Verfügungen hätten getroffen werden wollen,[3] kommt ferner in Betracht, daß die Vereinbarungen mit Liegenschaftskaufverträgen verbunden, daß die bekannten Formen und die gerichtliche Ausdrucksweise für letztwillige Verfügungen nicht angewendet wurden, daß insbesondere nirgends gesagt oder auch nur angedeutet ist, die Gutskäufer sollen den Nachlaß ihres Bruders als dessen (vertragsmäßige oder testamentarische) Erben erhalten. Hätte auch der Zweck des Geschäftes nicht blos durch den Abschluß von Leibrentenverträgen, sondern auch auf dem Wege

---

[1] Mittermaier, deutsches Privatrecht Bd. II., §. 301 Ziff. 5, S. 81; Koch, Recht der Forderungen Bd. III., S. 706 ff.; Bolley, Betrachtungen S. 176 ff.; Weishaar, württ. Privatrecht §. 1198 ff.; Pfandentwicklungsgesetz vom 21. Mai 1828 Art. 52 Ziff. 5.

[2] Bolley, Entwürfe von Gesetzen (über Erbverträge) von 1835 S. 247 Art. 18, Motive S. 310, 311; Entwurf eines Gesetzes über Erbverträge (von 1840) Art. 18, 19. Motive S. 69.

[3] Windscheid, Pand. §. 69; Wächter, württ. Privatrecht Bd. II., S. 637.

letztwilliger Verfügungen möglicher Weise erreicht werden können, so stund es doch den Betheiligten frei, den einen oder andern Weg nach ihrem Ermessen zu wählen,[4] und wenn man bei der Unterstellung, daß letztwillige Verordnungen haben getroffen werden wollen, zu dem Resultate gelangt, daß diese aus den verschiedensten formellen und materiellen Gründen hinfällig wären, so muß die Auffassung, daß die Betheiligten trotz ihrer ausdrücklichen gegentheiligen Kundgebungen doch nichts Anderes als letztwillige Verordnungen im Auge gehabt haben können, um so mehr Bedenken erregen.

Daraus, daß die elterliche Erbschaft dem Heinrich Kraft zur Zeit des Abschlusses der Verträge noch nicht angefallen war und daß dieselbe nach erfolgtem Anfall bis zum Tode des Heinrich Kraft als dessen eigenes Vermögen behandelt werden solle, läßt sich kein Argument gegen die Annahme ableiten, daß man Leibrentenverträge habe abschließen wollen. Denn es ist rechtlich nicht zu beanstanden, daß eine Person oder deren Vertreter einen Ernährungsvertrag in der Art abschließt, daß dem Mitkontrahenten als Gegenleistung für lebenslängliche Verpflegung auf die Zeit der Lebensdauer des zu Alimentirenden die Nutznießung und auf dessen Ableben der Grundstock einer für ihn in Aussicht stehenden Erbschaft zugesichert wird. Wenn sodann auch die verpflichtende Wirkung der Verträge dadurch bedingt war, daß der Sohn Heinrich seine Eltern überleben werde, so ist auch dieß eine mit einem Ernährungsvertrag ganz vereinbare Vertragsbestimmung. Von einer unentgeltlichen (lukrativen) Erwerbung der Gutskäufer kann ebensowenig die Rede sein, wenn man beachtet, daß dieselben die lebenslängliche gute Ernährung, Wart und Pflege ihres blödsinnigen Bruders mit allen sich hieran knüpfenden Eventualitäten übernommen haben, und daß, wenn die

---

[4] Vrgl. Wächter, a. a. O. S. 774; Weishaar, württ. Privatrecht §. 1280.

beiden Gutskäufer vor ihrem Bruder ohne Hinterlassung von Kindern sterben, deren Wittwen nur die Hälfte des Vermögens des Pfleglings erhalten sollen.[5] Aus dieser letzteren Bestimmung sodann ergibt sich zwar, daß die Eltern ihren Söhnen und Enkeln für die Verpflegung des Heinrich Kraft mehr zukommen lassen wollten, als ihren Schwiegertöchtern, allein derartige Rücksichten für die nächsten Angehörigen und Erben kommen auch bei andern Rechtsgeschäften unter Lebenden, z. B. bei Vermögensübergaben und Schenkungen vor, begründen aber noch nicht die Schlußfolgerung, daß deßhalb das Geschäft unter die letztwilligen Verfügungen (beziehungsweise Erbverträge) zu zählen sei.[6]

Läßt sich hienach mit Grund nicht bezweifeln, daß die in Rede stehenden Geschäfte rechtlich als Leibrentenverträge aufzufassen sind, mit deren Abschluß die Rentengeber sofort ein bedingtes Recht — namentlich auf die Nutznießung des elterlichen Vermögens des Pfleglings noch während der Lebenszeit desselben erlangen sollten — so kann auch weiter daraus, daß der Rentenempfänger nicht selbst kontrahirt hat, keine Einwendung gegen den Rechtsbestand der Verträge entnommen werden. Offenbar haben hiebei die Eltern zum Besten und im Namen ihres handlungsunfähigen Sohnes gehandelt und sie waren hiezu auch berechtigt. Denn der Sohn Heinrich stund ungeachtet seiner Volljährigkeit noch in der häuslichen Gewalt seines Vaters, welcher zugleich sein gesetzlicher Vormund war;[7] der Hausvater, beziehungsweise Vormund hat aber die Befugniß, nicht blos verpflichtende Verträge überhaupt, sondern auch Veräußerungsgeschäfte für seinen handlungsunfähigen Sohn

[5] Vergl. auch Seuffert Archiv, Bd. IV. Nr. 137, Bd. VIII. Nr. 244, Bd. XIX. Nr. 29, 133; Civilprozeßordnung Art. 661.

[6] Vergl. Volley, über Vermögensübergaben §. 1; Wächter, württ. Privatrecht Bd. II. S. 618, 620.

[7] Windscheid, Pand. §. 432 Note 5; Seuffert, Pand. §. 492 Note 4.

abzuschließen. Daß diese Befugniß in vorliegendem Falle dem Vater deßhalb nicht zugekommen, weil die Ernährungsverträge erst nach dem Ableben der Eltern in Wirksamkeit treten sollten und dem Haussohn das veräußerte Vermögen noch nicht zugefallen war, hiefür mangelt jede Begründung.[8] Dagegen war zur Rechtsgiltigkeit der Verträge allerdings noch die Genehmigung derselben durch den Gemeinderath als Vormundschaftsbehörde erforderlich.[9] Nach den hierüber gemachten Erhebungen kann es jedoch keinem Zweifel unterliegen, daß diese Genehmigung und zwar nach vorgängiger Prüfung der Verträge ertheilt worden ist.

Nun behauptet zwar die Pflegschaft des Heinrich Kraft, der Abschluß der Leibrentenverträge sei für den Sohn Heinreich weder nothwendig noch nützlich gewesen und eventuell wird Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt. Man kann jedoch davon absehen, ob und inwieweit die Bestätigung eines Vertrages durch die Vormundschaftsbehörde später wegen angeblichen Mangels der gesetzlichen Voraussetzungen einer solchen Bestätigung im Prozeßwege angefochten werden könne, ob ferner die Blödsinnigen bezüglich der Restitution den Minderjährigen gleichzustellen seien. Denn die Anfechtung der Verträge durch die Pflegschaft kann jedenfalls aus andern Gründen nicht für gerechtfertigt erkannt werden.

Beide Eltern, welche die Verträge geschlossen haben, werden wohl ganz vorzüglich in der Lage gewesen sein, zu beurtheilen, auf welche Weise am besten für die Zukunft ihres unglücklichen Sohnes gesorgt werden könne. Es liegt auch kein Grund vor, an ihrer wohlmeinenden Absicht zu zweifeln, namentlich ist nicht ersichtlich, daß die Eltern einen oder mehrere ihrer Söhne auf Kosten der Andern grundlos

---

[8] Vergl. Schweppe, württ. Privatrecht IV. §. 759; Seuffert, Pand. §. 502, 503, 504 Note 6, §. 513 Ziff. 1; Weishaar, württ. Privatrecht §. 265, 269, 273; Hauptinstruktion zum Pfandgesetz §. 109—112, §. 130, 132.

[9] Notariatsgesetz von 1843 Art. 20.

hätten begünstigen wollen. Ueberdieß soll schon nach gesetzlicher Vorschrift den Anordnungen der Eltern in Betreff der Verfügung über das ihren unter Vormundschaft stehenden Kindern hinterlassene Vermögen und über die Art der Verpflegung der Kinder eine besondere Bedeutung beigelegt werden,[10] ja die Eltern sind sogar für befugt erklärt, ihre Kinder zu Gunsten Dritter, welche ihnen alsdann Alimente zu reichen haben, ganz zu enterben, wofern dieß nur in wohlmeinender Absicht geschieht.[11] Wenn ferner auch die Restitution gegen einen Veräußerungsvertrag dadurch an sich noch nicht ausgeschlossen ist, daß derselbe von der Vormundschaftsbehörde genehmigt worden,[12] so darf doch auf das Urtheil einer mit den Verhältnissen der Betheiligten genau vertrauten Vormundschaftsbehörde insolange ein erheblicher Werth gelegt werden, als nicht gegen die Richtigkeit ihrer Beurtheilung gewichtige Gründe beigebracht werden können.[13] Derartige Gründe liegen aber in dem gegenwärtigen Falle nicht vor. . . . . Es kann daher nicht als nachgewiesen betrachtet werden, daß die von den Peter Kraft'schen Eheleuten abgeschlossenen Verträge des Erfordernisses der Nothwendigkeit oder Nützlichkeit ermangelt haben oder daß sogar durch dieselben die Interessen des Sohnes Heinrich so sehr verletzt worden seien, daß das Gesuch um Restitution begründet wäre.

Entscheidung des Obertribunals vom 1. Juli 1872 in der Berufungssache Kraft c. Kraft.

12) Erziehungsrecht der Eltern bei faktisch getrennter Ehe.

Wenn auch dem Vater bei der Erziehung der ehelichen

---

[10] Vergl. Seuffert, Pand. §. 503 Note 1, §. 505 Note 20; Windscheid, Pand. §. 441 Note 17.

[11] Windscheid, Pand. §. 583 Note 6—9; Bolley, 33 Aufsätze S. 17; Kapff, Merkw. Civilrechtssprüche S. 328.

[12] Windscheid, Pand. §. 117 Note 3; Seuffert, Pand. §. 666 Note 9.

[13] Seuffert, Archiv Bd. V. Nr. 247.

Kinder im Falle der faktischen Trennung der Eltern der Regel nach ein vorgehendes Recht zusteht, so wird doch nach konstanter Praxis mit Rücksicht auf das dießfalls maßgebende Wohl des Kindes dasselbe in den ersten Lebensjahren und zwar mindestens bis zu dessen siebentem Lebensjahre, in welch' zartem Alter Kinder der mütterlichen Warte und Pflege vorzugsweise bedürfen, der Mutter überlassen, wofern diese ein gutes Prädikat genießt und zur Erziehung befähigt ist.[1] Die erwähnte Rücksicht auf das Wohl des Kindes muß aber vollends zu Gunsten der Mutter entscheidend ins Gewicht fallen, wenn es sich um ein Kind handelt, welches vermöge seines Geschlechtes und seiner leidenden Gesundheit der mütterlichen Pflege besonders bedürftig erscheint.

Entscheidung des Obertribunals vom 3. Juli 1872 in der Berufungssache Kraft c. Kraft.

13) Zum Begriffe des Ufers und des Bettes von öffentlichen Gewässern.

Der Eigenthümer eines am Bodensee auf der Markung von Friedrichshafen gelegenen Grundstückes beanspruchte einen an dieses Grundstück anstoßenden Schilfrohrplatz, sog. Rohrschachen, gleichfalls als sein Eigenthum, während die württ. Staatsfinanzverwaltung, für welche die Frage wegen Erweiterung der Hafenbauten ein Interesse hatte, einwandte, daß der Schilfrohrplatz zum Bodenseebette gehöre und daher nicht Gegenstand des Privateigenthums sein könne. Die auf Anerkennung des Eigenthums gerichtete Klage wurde abgewiesen und es ist aus den oberstrichterlichen Entscheidungsgründen dießfalls auszuheben:

Der Bodensee ist nach seiner geographischen Lage und seinem Umfang unzweifelhaft als ein öffentliches Gewässer anzusehen. Das Rechtsverhältniß bezüglich jenes See's ist daher dasselbe, wie bei einem öffentlichen Flusse — l. un.

---

[1] Württ. Archiv Bd. IV. S. 429 ff.

pr. §. 3—6 D. ut in flum. publ. (43, 14); l. 112 D. de verb. sign. (50, 16) —.[1] Insbesondere ist auch das Bett des Bodensee's, wie das des öffentlichen Flusses — §. 23 J. de rerum div. (2, 1); l. 7. §. 5 D. de acquir. rer. dom. (41, 1); l. 1 §. 7 D. de flum. (43, 12) —[2] im allgemeinen Gebrauche und dem Privatverkehr entzogen. Dagegen gilt bezüglich des Ufers des öffentlichen Gewässers der Grundsatz, daß dasselbe zwar, soweit dieß zur Benützung des Wassers nothwendig ist, dem allgemeinen Gebrauche dient, daß es aber in dem Eigenthum der angrenzenden Grundbesitzer steht — l. 3 pr. D. de flum. (43, 12); l. 24 pr. D. de damno infecto (39, 2); §. 4. J. de rerum div. (2, 1); l. 5 pr. D. de div. rerum (1, 8); l. 30 §. 1 D. de acquir. rerum dom. (41, 1) —.[3] Die Entscheidung über die angestellte Klage auf Anerkennung des Eigenthums des Klägers an dem streitigen Schilfrohrplatz hängt daher davon ab, ob derselbe einen Theil des Seebettes bildet oder aber als Ufer des Bodensee's anzusehen ist. Im ersteren Falle kann von einem Eigenthumsrechte des Klägers an der fraglichen Fläche nicht die Rede sein, da ein solches an einer dem Privatrechtsverkehre entzogenen Sache rechtlich unmöglich ist, wogegen im zweiten Fall bei der Lage der streitigen Fläche die erhobene Klage als begründet sich darstellen würde. Die Gesetze bestimmen nun in Betreff der Grenze zwischen dem Ufer und dem Bette eines Gewässers, daß Ufer derjenige Streifen Land sei, welcher den Wasserlauf in seinem höchsten Stande einschließe

---

[1] Sintenis, Civilrecht Bd. I. §. 40 Note 39; zu vergl Hesse, Jahrb. für Dogm. Bd. VII. S. 232.

[2] Hesse, a. a. O. S. 197; Seuffert, Archiv Bd. XXII. Nro. 212.

[3] Sintenis, Civilrecht Bd. I. §. 40 bei Note 34 u. 35; Arndts, Pand. §. 49 bei Note f; Seuffert, Pand. §. 57 Note 5; Windscheid, Pand. §. 146 bei Note 14; Endemann, Wasserrecht S. 12; Hesse, a. a. O. S. 197; Börner im civ. Arch. Bd. XXXVIII. S. 371; Seuffert, Archiv Bd. XXI. S. 355 ff.; Bd. XXIII. Nov. 211.

— l. 3. §. 1 u. 2 D. de flum. (43, 12); l. 96 D. de verb. sign. (50, 16); l. 112 D. eod. —. Jedoch soll, wenn vorübergehende außerordentliche Naturereignisse ein Ueberschreiten des ordentlichen Wasserstandes verursachen und eine Ueberschwemmung des Ufers zur Folge haben, dieß ohne Einfluß auf die Ausdehnung des Ufers sein — l. 1. §. 5 D. de flum. (43, 12) —. Hieraus ergibt sich, daß als Wasserbett derjenige zwischen den Ufern befindliche Raum anzusehen ist, welcher bei dem ordentlichen d. h. nicht durch ungewöhnliche Ereignisse herbeigeführten höchsten Wasserstand von dem Wasserspiegel bedeckt ist.[4] Dieser Umfang des Wasserbettes entspricht auch dessen Zweckbestimmung, welche dahin geht, das Wasser vollständig, also auch dann, wenn es seinen höchsten ordentlichen Stand erreicht, in sich aufzunehmen. Sodann bildet der letztere Wasserstand allein eine sichere Grenze für das Wasserbett gegenüber dem Ufer, während der sog. mittlere Wasserstand, welcher sich bei einer Durchschnittsberechnung aus dem verschiedenen Wasserstand während eines längeren Zeitraums ergibt, eben deßhalb mit dem jeweiligen wirklich vorhandenen Wasserstand nicht übereinstimmt. Anerkannt ist nun, daß die im Streite befangene Fläche regelmäßig einige Monate im Jahre unter Wasser steht. Es wird zwar geltend gemacht, es sei dieser hohe Wasserstand insofern kein regelmäßig wiederkehrender, als er nicht zu bestimmten Zeiten eintrete und nicht einige Monate ununterbrochen, sondern oft nur einige Tage, dann wieder einige Wochen andaure, je nachdem das aus den Gletschergebieten abschmelzende Wasser mehr oder weniger reichlich zufließe. Man kann jedoch dahin gestellt lassen, welche Bewandtniß es hiemit hat, da lediglich die Thatsache der regelmäßigen Wiederkehr und des Bestehens des angeführten Wasser-

---

[4] Zu vergl. **Endemann**, Wasserrecht S. 12; **Seuffert**, Archiv Bd. IX. Nr. 258; Bd. XXI. S. 355; Bd. XXII. Nr. 115; Bd. XXIII. Nr. 211; Bd. XXIV. Nr. 189.

standes während mehrerer Monate jeden Jahres, mag dieser Zeitraum auch kein ununterbrochener sein, sowie der vom Kläger selbst angegebene Grund des fraglichen Wasserstandes entscheidend ist. Dieser Grund besteht nämlich in keinem außergewöhnlichen Naturereignisse, sondern vielmehr in der natürlichen, jeden Sommer, selbstverständlich nach der Höhe der Temperatur in größerem oder geringerem Maße, sich wiederholenden Thatsache des Schmelzens von Schnee und Eis und dem dadurch bewirkten größeren Wasserzufluß. Der Umstand, daß der hohe Wasserstand des Bodensee's im Sommer und nicht, wie der §. 3. J. de rerum div. (2, 1) bei dem Meere annimmt, im Winter eintritt, ist für die Bestimmung des sich lediglich nach dem ordentlichen hohen Wasserstand richtenden Umfangs des Seebettes unerheblich. Als dieser ordentliche hohe Wasserstand des Bodensee's ist hienach derjenige regelmäßig in jedem Sommer wiederkehrende Wasserstand von einigen Monaten anzusehen, welcher die streitige Fläche unter Wasser setzt. Letztere bildet daher einen Bestandtheil des Bodenseebettes. Hiefür spricht auch die Thatsache, daß jene Fläche in der Markungskarte als zum Bodensee gehörig eingezeichnet ist..... Dazu kommt, daß Schilf eine Wasserpflanze ist und als solche erfahrungsgemäß vorzugsweise auf einem, wenn auch nur wenig, unter dem Wasserspiegel stehenden Grund und Boden wächst.[5] Wenn dagegen der Kläger geltend macht, daß Rohrpflanzungen auf dem Seeboden nicht angelegt werden können, weil sie zu ihrer Entwicklung Licht und Wärme und eines trockenen Bodens bedürfen und, wenn sie beim Aufkeimen unter Wasser gesetzt werden, zu Grunde gehen, so kann dahin gestellt bleiben, inwieweit die fraglichen Schilfrohre künstlich angepflanzt worden sind. Denn zu dieser Anpflanzung war

---

[5] Zu vergl. Hesse, Jahrb. für Dogmatik Bd. VII. S. 267 f.; Seuffert, Archiv Bd. XXIII. Nr. 211..

bei der zeitweisen Trockenlegung des fraglichen Theiles des Bodenseebettes hinreichende Gelegenheit gegeben.

Die Annahme, daß die streitige Fläche einen Bestandtheil des Bodenseebettes bilde, wird auch nicht dadurch widerlegt, wenn die Fläche, wie der Kläger geltend macht, früher eine Wiese gewesen sein sollte. Denn es hat dieselbe nach der eigenen Darstellung des Klägers durch die Fortschwemmung des Wiesengrundes infolge des Wellenschlags und durch die Verwandlung in einen Schilfplatz jenen Charakter verloren, und es hat, wenn sie nunmehr in der zuvor angeführten Weise vom Wasserspiegel bedeckt wird, das Eigenthum des Uferbesitzers an jener Fläche aufgehört; dieselbe ist nun Seebett geworden.

Die langjährige Benützung des streitigen Schilfplatzes durch den Kläger und seine Besitzvorfahrer findet ihre genügende Erklärung in der Thatsache, daß das Bodenseebett und die Produkte desselben dem allgemeinen Gebrauche dienen. Die etwaige ausschließliche Benützung jenes Platzes durch den Kläger und seine Besitzvorgänger ist bei der für dieselben als Besitzer des angrenzenden Ufergrundstücks bestehenden leichten Zugänglichkeit, sowie bei der in Friedrichshafen herrschenden Anschauung über die Befugniß zur Benützung der Rohrschachen begreiflich. Diese Anschauung, welche darauf beruht, daß die Besitzer der Ufergrundstücke ihr Eigenthum soweit „in den See hinein" ausbeuten, als irgend ein Ertrag zu holen sei, ist aber, weil sie sich nach dem Ausgeführten als eine rechtlich irrige darstellt, unerheblich. In der gedachten irrigen rechtlichen Anschauung kann auch die von dem Kläger für sich angeführte Thatsache ihren Grund haben, daß die Rohrschachen von den angrenzenden Ufereigenthümern veräußert, verpfändet, verpachtet und vererbt worden sein sollen.

Die rechtliche Eigenschaft des vom Kläger angesprochenen Platzes kann auch dadurch nicht alterirt werden, daß das Schilfrohr auf der von dem Grundstück des Klägers abgeschwemmten Humuserde entstanden sein soll, da eine

Alluvion nur dann anzunehmen wäre, wenn der angeschwemmte Boden sich dauernd über den Wasserspiegel erheben würde.

Entscheidung des Obertribunals vom 14. Januar 1873 in der Berufungssache Lanz c. Staatsfinanzverwaltung.

14) Von der Verbindlichkeit des Kirchenbaupflichtigen zur Erweiterung des Kirchengebäudes.

Es ist eine bestrittene Frage, ob und inwieweit in der Verpflichtung zu Tragung der Baulast an einem Kirchengebäude auch die Verbindlichkeit zu Tragung der Kosten einer nothwendig gewordenen Erweiterung und Vergrößerung des Kirchengebäudes inbegriffen sei. Nach der von dem Obertribunal angenommenen und in vielen Fällen zur Anwendung gebrachten Thesis begreift die Kirchenbaupflicht dann, wenn sie auf den Besitz von kirchlichem Vermögen sich gründet, auch die Erweiterungspflicht in sich, falls die Baupflicht nicht aus besonderen Gründen, vermöge Herkommens oder Vertrages, auf ein gewisses Maß beschränkt ist, während in denjenigen Fällen, wo die kirchliche Baulast auf dem Herkommen beruht, die seitherige Uebung entscheidet und daher der Baupflichtige zur Erweiterung des Kirchengebäudes nur dann für verpflichtet erachtet werden kann, wenn schon die bisherigen Leistungen sich auf Erweiterungen erstreckt haben und der Baupflichtige damit sich auch hiezu als verpflichtet zu erkennen gegeben hat.[1] Auch wo eine Erweiterungspflicht besteht, wirft sich jedoch die weitere Frage auf, ob die Verbindlichkeit des Baupflichtigen sich auf alle Fälle einer nothwendigen Erweiterung erstreckt, oder ob es hiebei nicht vielmehr auf den Grund der Erweiterung ankommt, ob der Baupflichtige insbesondere auch dann zur Tragung der Kosten einer nothwendig gewordenen Erweiterung des Kirchengebäudes

[1] Dieses Archiv Bd. II. S. 83—93.

für verbunden erachtet werden kann, wenn die Nothwendigkeit einer Erweiterung nicht in der Vermehrung der Zahl der in dem bisherigen Pfarrsprengel wohnhaften Kirchengenossen, sondern in der Zutheilung weiterer Parzellen zu dem bisherigen Pfarrsprengel ihren Grund hat.[2] Man wird auch in dieser Beziehung unterscheiden müssen, worin die Baupflicht selbst gegründet ist, ob der Besitz von kirchlichem Vermögen den Grund derselben bildet, oder ob sie nur auf dem Herkommen beruht. Im ersteren Falle läßt sich Manches für die Ausdehnung der Erweiterungspflicht auch auf diejenigen Fälle anführen, in welchem die Erweiterung nur durch die Zutheilung weiterer Parzellen nothwendig geworden ist, wenn man auf die Gründe zurückgeht, durch welche die Baupflicht des Besitzers von kirchlichem Vermögen überhaupt bestimmt wird, und daran festhält, daß das Kirchenvermögen für sämmtliche kirchliche Baubedürfnisse zu dienen hat, der dritte Besitzer kirchlichen Vermögens daher, sofern seine Baupflicht in jener Bestimmung des kirchlichen Vermögens ihren Grund hat, ebendaher auch vermöge seines Besitzes und soweit dieser reicht, für alle Baubedürfnisse einzutreten hat, welche von dem kirchlichen Vermögen zu bestreiten gewesen wären, wenn dasselbe noch im Besitze der Kirche selbst sich befinden würde.[3] Die Frage könnte nur sein, ob in den Bestimmungen des kanonischen Rechtes eine so weit gehende Verpflichtung gefunden werden kann; es wird sich jedoch, bei der Auslegung, welche dieselben seiten des Obertribunals gefunden haben, aus ihnen eine dießfällige Beschränkung der Baupflicht nicht wohl erweisen lassen. Ist die Baupflicht im Herkommen begründet, so kann jedoch auch für die Frage der Ausdehnung der Erweiterungspflicht auf solche Fälle, wo die Nothwendigkeit der Erweiterung nur durch die Zutheilung weiterer Parzellen in den Pfarr-

---

[2] Ebendaselbst S. 94, 95.

[3] Vergl. ebendaselbst S. 83, 84, 86, 87.

sprengel herbeigeführt worden ist, nur die bisherige Uebung entscheiden. Letzteres ist auch von dem Obertribunal neuestens anerkannt worden, indem in Entscheidungsgründen dießfalls ausgeführt wurde:

Die der Beklagten obliegende prinzipale Baulast an der Kirche zu Schöneburg ist unbestrittenermaßen eine auf dem Herkommen beruhende Verbindlichkeit. Es ist daher auch der Umfang der Baulast nach der seitherigen Uebung zu bemessen; die Baulast besteht nur in demjenigen Umfang, in welchem seither geleistet und durch die Leistungen eine Verbindlichkeit als bestehend anerkannt worden ist. Die Beklagte hat nun zwar anerkannt, daß ihre Bauverbindlichkeit auch auf die Erweiterung der Kirche sich erstrecke, falls die Erweiterung in folge der Vermehrung der Zahl der in dem ursprünglichen Pfarrsprengel wohnenden Parochianen nothwendig geworden sei; sie hat aber das Anerkenntniß der Erweiterungspflicht auf Erweiterungsfälle dieser Art beschränkt und die Verbindlichkeit, auch die Kosten solcher Erweiterungen der Kirche zu tragen, deren Nothwendigkeit infolge der durch die Einverleibung weiterer Orte eingetretenen Vergrößerung des ursprünglichen Pfarrsprengels ihren Grund hat, bestritten. Die Beklagte hat daher nur eine beschränkte Erweiterungspflicht als in ihrer herkömmlichen Bauverbindlichkeit begriffen anerkannt und eine über den anerkannten Umfang hinausgehende Erweiterungspflicht läßt sich aus jenem Anerkenntniß nicht ableiten. Durch die in den Jahren 1809 und 1810 erfolgte, auf einem einseitigen Akte der Staats- und Kirchengewalt beruhende Einverleibung der Weiler Hochdorf und Sinnisweiler in die Pfarrei Schöneburg aber, infolge welcher die Erweiterung der Kirche nunmehr nöthig geworden ist, konnte die in dem Herkommen begründete Verbindlichkeit des baupflichtigen Dritten nicht von selbst über den Umfang hinaus, in welchem sie bis dahin bestanden hatte, ausgedehnt werden, mag es auch thatsächlich so gehalten worden sein, daß jene beiden Weiler schon vor ihrer Ein-

pfarrung nach Schöneburg nicht von den Pfarreien, denen sie bis dahin angehörten, sondern von Schöneburg aus pastorirt waren. Sodann kann weder in den von klägerischer Seite bezeichneten, seit jener Einpfarrung vorgekommenen drei Baufällen, noch in dem Vertrag vom 30. Juni 1860 ein Anerkenntniß der Beklagten, daß ihre Bauverbindlichkeit auch auf die durch die Einpfarrung nothwendig gewordene Erweiterung der Kirche sich erstrecke, gefunden werden (was weiter ausgeführt wird).

Entscheidung des Obertribunals vom 15. Februar 1873 in der Berufungssache Schöneburg c. die Staatsfinanzverwaltung.

Unbefugter Verkauf von Arzneien
(§. 367 Ziff. 3 der Reichsstrafgesetzbuches)
und unbefugte Führung des Titels eines Spezialarztes.
(§. 147 Ziff. 3 der Reichsgewerbeordnung).
Ein Rechtsfall,
mitgetheilt von Herrn Geheimen-Rath v. Faber.

Im §. 367 Ziff. 3 des Reichsstrafgesetzbuches ist Derjenige mit Strafe bedroht, welcher ohne polizeiliche Erlaubniß Gift oder Arzneien, soweit der Handel mit denselben nicht freigegeben ist, zubereitet, feilhält, verkauft oder sonst an Andere überläßt. Für die Frage, was als eine dem Handel nicht freigegebene Arznei zu betrachten sei, sind seit dem Erscheinen der auf Grund des §. 6 der Reichsgewerbeordnung erlassenen kaiserlichen Verordnung vom 25. März 1872, betreffend den Verkehr mit Apothekerwaaren (Reichsgesetzblatt S. 85 ff.), die Bestimmungen der letzteren maßgebend. Die kaiserliche Verordnung bestimmt im §. 1: Daß das Feilhalten und der Verkauf der in dem anliegenden Verzeichnisse A. aufgeführten „Zubereitungen zu Heilzwecken“ ausschließlich in Apotheken gestattet sei, sodann in §. 2: daß der Verkauf der in dem anliegenden Verzeichnisse B. aufgeführten „Droguen und chemischen Präparate“ **an das Publikum** ausschließlich in Apotheken gestattet

sei. Während das Verzeichniß B. gewisse spezifische Stoffe, theils von einfacher, theils von zusammengesetzter Art und Zubereitung (die gemeinhin sogenannten Apothekerwaaren) aufführt, so handelt dagegen das Verzeichniß A. von gewissen spezifischen Arzneiformen, welche den zu Heilzwecken bestimmten Zubereitungen gegeben zu werden pflegen. Es ist deßhalb in verschiedenen Einzelstaaten des deutschen Reiches, so namentlich in Preußen und Württemberg, der Zweifel entstanden, ob die kaiserliche Verordnung bei den im Verzeichnisse A. aufgeführten „Zubereitungen zu Heilzwecken" von den dabei verwendeten Stoffen gänzlich absehe oder ob und inwieweit sie auch die letzteren in Betracht ziehe. Das k. preußische Ministerium der geistlichen und Medizinal-Angelegenheiten hat sich veranlaßt gesehen, zur Beseitigung dieser Zweifel mittelst Zirkularverfügung vom 4. November 1872 den preußischen Medizinalpolizeibehörden eine der Erlassung der kaiserlichen Verordnung vorangegangene, die Motive derselben darlegende Erklärung des Reichskanzleramtes vom 24. August 1871 zur Kenntnißnahme mitzutheilen und diese Behörden zu einer entsprechenden Belehrung des Publikums aufzufordern.

Die erwähnte Erklärung des Reichskanzleramtes lautet folgendermaßen:

„1) Die anzuordnenden Beschränkungen des Verkehres mit „Apothekerwaaren" sollen nur für den Detailhandel Geltung haben. Für den Großhandel mit Arzneisubstanzen zwischen Produzenten, Fabrikanten, Kaufleuten und Apothekern, welcher in Preußen von jeher frei gewesen ist, soll der Verkehr fernerhin frei bleiben.

2) Es ist die Frage erwogen worden, ob es sich nicht empfehle, von der Aufstellung zweier Verzeichnisse Abstand zu nehmen und sich auf die Aufstellung eines einzigen Verzeichnisses zu beschränken, in welchem ohne Rücksicht darauf, ob es sich um eigentliche Arzneiformen, Droguen oder chemische Präparate, handelt, alle diejenigen

Zubereitungen zu Arzneizwecken Aufnahme zu finden hätten, welche aus den dem freien Verkehr entzogenen Stoffen hergestellt sind und deßhalb nur durch die Apotheker bezogen werden dürfen. Für die Bejahung dieser Frage wurde insbesondere geltend gemacht, daß es bedenklich sei, die Arzneiformen an und für sich zum Kriterium für den Ausschluß von Apothekerwaaren aus dem freien Verkehr zu machen, da bekanntlich pharmazeutische Präparate und Mischungen aller Art von Parfümeriehändlern, Haarkünstlern und anderen Gewerbetreibenden feilgehalten würden und es der Absicht der Gesetzgebung nicht entsprechen werde, einen derartigen Handel künftighin zu beschränken. Hiergegen wurde angeführt, daß auch die in dem Verzeichniß A. aufgeführten Zubereitungen nur unter der Voraussetzung von dem freien Verkehr ausgeschlossen sein sollten, daß sie als Heilmittel feilgehalten und verkauft würden. Im Uebrigen entschied für die Beibehaltung des Verzeichnisses A. insbesondere die Erwägung, daß bekanntlich Salben, Mixturen, Tinkturen 2c. 2c. häufig aus den indifferentesten, an und für sich zum medizinischen Gebrauche niemals dienenden Substanzen bereitet, in der ihnen gegebenen Arzneiform aber als souveräne Heilmittel für die verschiedensten Krankheiten angepriesen würden, und daß, um diesem sich mehr und mehr steigernden betrügerischen Unwesen einigermaßen entgegentreten zu können, nicht darauf verzichtet werden dürfe, bestimmte Zubereitungen zu Heilzwecken als solche für die gesetzlich anerkannten Apotheken ausschließlich vorzubehalten.

3) Bei Feststellung der in dem Verzeichniß B. aufgeführten Gegenstände ist in der Weise verfahren worden, daß in dasselbe aufgenommen worden sind:

a) die ausschließlich zu Heilzwecken dienenden Droguen und chemischen Präparate, mit Ausnahme jedoch derjenigen Apothekerwaaren dieser Kategorie, welche „als absolut“ nur in sehr seltenen Fällen von Aerzten ver-

ordnet, vom Publikum aber der Erfahrung nach niemals verlangt werden, sowie derjenigen, welche ohnehin Jedermann leicht zugänglich sind;

b) die vorzugsweise nur zu Heilzwecken dienenden Apothekerwaaren, welche außerdem zwar auch in einzelnen Industriezweigen technisch verwerthet werden, hierbei aber der Wohlfeilheit wegen nur im nicht gereinigten Zustande zum Gebrauch gelangen, während sie zur medizinischen Verwendung chemisch rein sein müssen, so daß sie in dieser gereinigten Beschaffenheit den ausschließlich zu Heilzwecken dienenden Präparaten beizuzählen sind;

c) diejenigen im Inlande wachsenden vegetabilischen Heilmittel, welche zwar von Jedermann leicht gesammelt und beschafft werden können, die jedoch der Verwechselung mit andern völlig indifferenten oder mit scharf wirkenden giftigen Kräutern leicht ausgesetzt sind und daher als Heilmittel nicht unbedenklich dem freien Verkehr überlassen werden dürfen."

In Württemberg gab kürzlich ein an den K. Geheimen-Rath erwachsener Strafrekursfall die Veranlassung, daß auch diese oberste Verwaltungsjustizbehörde sich über die Tragweite der kaiserlichen Verordnung vom 25. März 1872 auszusprechen hatte.

Das Faktum war in Kürze folgendes:

In der zweiten Hälfte des Jahres 1872 bot in einem Inserate des „Schwäbischen Merkurs" ein in St. wohnender Partikulier N., welcher sich als Spezialarzt unterzeichnete, sogenanntes Hustenwasser und sogenannte Säuberungstropfen, welche von ihm selbst fabrizirt seien, zu einem bestimmten Preise als Heilmittel für gewisse Krankheiten aus, unter der Versicherung, daß dieselben schon einer Menge Leidender, welche von den Aerzten aufgegeben gewesen, Genesung gebracht haben. Die spätere chemische Untersuchung ergab, daß das Hustenwasser eine Lösung von Kalkhydrat in Wasser war und daß die Säuberungstropfen aus einer Lösung von schwefel-

saurem Eisenoxydul (Eisenvitriol) in Wasser bestanden. N. war in der von der Polizeibehörde eingeleiteten Untersuchung geständig, daß er die fraglichen Zubereitungen schon seit längerer Zeit in bedeutendem Umfange käuflich abgesetzt habe, behauptete aber, diese Zubereitungen seien keine „flüssigen Arzneimischungen" im Sinne des Verzeichnisses A. der kaiserlichen Verordnung vom 25. März 1872, theils schon deßhalb, weil sie keine Mischungen, sondern bloße Lösungen eines einzelnen Stoffes in Wasser seien, theils darum, weil sie keinen solchen Stoff, welcher die Eigenschaft eines Arzneistoffes habe, enthalten und lediglich unter den Gesichtspunkt eines künstlichen Mineralwassers fallen. Der Beschuldigte gab ferner zu, daß er keine geprüfte Medizinalperson sei, bestritt aber, daß der Gebrauch des Titels „Spezialarzt" der Vorschrift des §. 147 Ziff. 3 der Reichsgewerbeordnung zuwiderlaufe, insofern mit einem solchen Titel nur die Befähigung, eine bestimmte Gattung von Krankheiten heilen zu können, beansprucht, nicht aber der Glaube erweckt werde, als ob der Inhaber des Titels eine geprüfte Medizinalperson sei.

Die K. Kreisregierung zu Ludwigsburg verurtheilte den N. durch Erkenntniß vom 11. September 1872 wegen unbefugter Beilegung des Titels eines Spezialarztes sowie wegen unbefugten Feilhaltens und Verkaufes von Zubereitungen zu Heilzwecken auf Grund des §. 147 Ziff. 3 der Reichsgewerbeordnung und des §. 367 Ziff. 3 des Reichsstrafgesetzbuches in Verbindung mit der kaiserlichen Verordnung vom 25. März 1872 zu einer Geldstrafe von dreißig Thalern.

Der Verurtheilte ergriff den Rekurs an den K. Geheimen Rath.

Im Nachstehenden geben wir zunächst einen Auszug aus dem Vortrage des Geheimen-Raths-Referenten, da derselbe den Gegenstand eingehender beleuchtet hat, als dieß in den unten nachfolgenden Entscheidungsgründen des Geheimen Raths geschehen ist. Wir bemerken

aber ausdrücklich, daß keineswegs die gesammten in diesem Vortrage enthaltenen Ausführungen, sondern nur die in den Entscheidungsgründen ausgesprochenen Sätze Gegenstand der Abstimmung und Beschlußfassung des Geheimen Rathes geworden sind.

In Betreff der Führung des Titels eines Spezialarztes führte der Referent aus:

Die Anwendbarkeit der Strafbestimmung des §. 147 Ziff. 3 der Reichsgewerbeordnung

„wer, ohne hiezu approbirt zu sein, sich als Arzt
„(Wundarzt, Augenarzt, Geburtshelfer, Zahnarzt,
„Thierarzt) bezeichnet oder sich einen ähnlichen
„Titel beilegt, durch den der Glaube erweckt
„wird, der Inhaber desselben sei eine geprüfte
„Medizinalperson —

sei nicht dadurch bedingt, daß im einzelnen Falle erweislich der fragliche Glaube erweckt worden sei. Die Entstehung dieses Glaubens hänge von der verschiedenen Individualität der Personen ab, zu deren Kenntniß der öffentlich geführte Titel gelange. Es genüge für die Anwendbarkeit jener Strafbestimmung, wenn der Titel an sich geeignet sei, bei dem Publikum oder bei gewissen Klassen desselben die Meinung zu erwecken, der Inhaber desselben sei eine geprüfte Medizinalperson. Der Titel Spezialarzt sei wirklich geeignet, diese Meinung wenigstens in gewissen Kreisen zu erwecken, denn bekanntlich legen sich sehr häufig auch geprüfte Medizinalpersonen, welche sich vorzugsweise der Behandlung spezieller Krankheitsformen widmen, diesen Titel bei.

In Betreff der Beschuldigung des unbefugten Verkaufes von Arzneien trug der Referent unter Anderem Folgendes vor:

Die kaiserliche Verordnung vom 25. März 1872 bestimmt in §. 1: daß das Feilhalten und der Verkauf der in dem anliegenden Verzeichnisse A. aufgeführten „Zubereitungen zu Heilzwecken" ausschließlich in

Apotheken gestattet sei, sodann in §. 2, daß der Verkauf der in dem anliegenden Verzeichnisse B. aufgeführten Droguen und chemischen Präparate an das Publikum ausschließlich in Apotheken gestattet sei. Das in §. 1 festgesetzte Privilegium der Apotheker bezieht sich also auf jede Art des Verkaufes, das im §. 2 festgesetzte nur auf den Verkauf an das Publikum. Unter letzterer Bezeichnung ist wohl im Wesentlichen nichts Anderes als der Detailverkauf, der Verkauf an die Konsumenten im Kleinen zu verstehen. Der Großhandel mit den im Verzeichnisse B aufgeführten Droguen und chemischen Präparaten (Apothekerwaaren) ist also freigegeben. Ferner ist der Detail- und Großverkauf aller im Verzeichnisse B. nicht aufgeführten Substanzen freigegeben, aber freilich nur insoweit, als die betreffende Substanz nicht eine Zubereitung zu Heilzwecken von der im Verzeichnisse A bestimmten Art ist oder als Gift den dießfalls bestehenden besondern Verkehrsbeschränkungen unterliegt (Reichsgewerbeordnung §. 34; Minist.-Verfügung vom 14. Dezember 1871, betreffend die Anwendung der deutschen Gewerbeordnung in Württemberg, §. 13). Dieser Satz ist von ziemlich weitgreifender praktischer Bedeutung. Denn das Verzeichniß B umfaßt durchaus nicht die ganze Summe der Arzneistoffe, d. h. derjenigen Stoffe, welche ausschließlich oder doch hauptsächlich zu Heilzwecken verwendet zu werden pflegen. Nicht darin aufgenommen ist insbesondere ein großer Theil der in der Reichspharmakopöe aufgeführten Flores, Folia, Fructus, Herbae, Radices, Rhizomata, Semina. Diese fehlenden Arzneistoffe sind, wie in der erläuternden Erklärung des Reichskanzleramts vom 24. August 1871 bestätigt ist, hauptsächlich solche im Inlande wachsende vegetabilische Heilmittel, welche von Jedermann leicht gesammelt und beschafft werden können und der Verwechslung mit andern völlig indifferenten oder mit anderen scharf wirkenden und giftigen Kräutern nicht leicht ausgesetzt sind. Ferner konnten selbstverständlich solche Stoffe, welche neben ihrer

vielleicht sehr mannigfaltigen und wirksamen Verwendung zu Arzneizwecken doch in noch viel höherem Maße zu Befriedigung anderer wichtiger Bedürfnisse dienen, dem Detailverkaufsprivilegium der Apotheker nicht unterworfen, also in das Verzeichniß B. nicht aufgenommen werden. Dahin gehören namentlich solche Stoffe, welche vorherrschend den Charakter von industriellen Stoffen, von Nahrungs- und Genußmitteln oder von Stoffen des häuslichen Verbrauches haben. Beispielsweise mag angeführt werden, daß folgende Stoffe und beziehungsweise Zubereitungen der fraglichen Art zwar in der Reichspharmakopöe aufgeführt und beschrieben, dagegen in dem Verzeichnisse B. der kaiserlichen Verordnung nicht enthalten sind:

a. aus der Klasse der industriellen Stoffe:
   Schwefelblumen, Weinstein, Bleiglätte, unverbundener Phosphor, unverbundenes Quecksilber, Quecksilberoxyd, Quecksilberchlorid, Zinnober, Phosphorsäure, arsenige Säure, Schwefelsäure, Salpetersäure, Salzsäure, gebrannter Kalk, gebrannter Gyps, Salpeter, Salmiak, Alaun, Eisenvitriol, Soda, Pottasche, Theer, Kalkwasser, Chlorwasser, Theerwasser, Leinöl, Terpentinöl u. s. w.;

b. aus der Klasse der Nahrungs- und Genußmittel:
   Zucker, Kochsalz, Honig, Waizenstärke, Schweineschmalz, Senfsamen, spanischer Pfeffer, Vanille, Zimmt, Mandeln, Hopfenmehl, Malzextrakt, Fleischextrakt, Eichelkaffee, Molken, Wein, Weingeist, Essig, gemeines und destillirtes Wasser, Kirschwasser, Himbeerwasser, Olivenöl, Mandelöl u. s. w.

c. aus der Klasse von Gegenständen des häuslichen Verbrauches:
   Hausseife, Wachs, Talg, weißer Leim, Holzkohle u. s. w.

Nicht bloß der Großhandel, sondern auch der Detailhandel mit allen diesen, theils natürlich vorkommenden,

theils durch Zubereitung hergestellten Stoffen und Stoffmischungen steht Jedermann frei, außer soweit dieselben eine speziell zu Heilzwecken und zwar in den Formen des Verzeichnisses A. hergestellte und unter den Begriff einer Arznei fallende Zubereitung sind oder — was hier nicht näher zu erörtern ist — unter die Kategorie der Gifte fallen und daher den dießfalls bestehenden besonderen Handelsbeschränkungen unterliegen.

Die Frage, welche Erfordernisse gegeben sein müssen, damit eine Substanz unter die Bestimmungen des Verzeichnises A., also unter das völlig ausschließliche, sowohl den Groß- als Kleinhandel umfassende Privilegium der Apotheker falle, beantwortet sich theils aus der Ueberschrift des Verzeichnisses, welche lautet: „Zubereitungen zu Heilzwecken", theils aus der Gesammtheit seines Inhalts. Es müssen hiernach folgende Erfordernisse zusammentreffen:

1) die betreffende Substanz muß eine Zubereitung sein. Mithin dürfen Substanzen, welche als solche in der Natur vorkommen und keine besondere Zubereitung erlitten haben, vorausgesetzt, daß sie nicht andererseits unter das Verzeichniß B. fallen, von Jedermann und selbst auch zu Heilzwecken (wirklichen oder vermeintlichen) verkauft werden, z. B. die in den Grubenwassern des Schwefel- und Strahlkieses natürlich vorkommende Lösung von Eisenvitriol.

2) Die Zubereitung muß zu Heilzwecken erfolgt sein, gleichviel übrigens, ob durch den Verkäufer selbst oder durch einen Dritten, von welchem er die zu Heilzwecken zubereitete Substanz bezogen hat. Freigegeben ist also die Zubereitung und der Verkauf von Schönheitsmitteln, von Mitteln zur Erhaltung und Stärkung der Gesundheit, von Mitteln zum Schutz gegen Ansteckung, Räucherungsmittel, Desinfektionsmittel, natürlich vorausgesetzt, daß das Präparat nicht anderer Seits unter das Verzeichniß B. fällt. Selbst wenn der Verkauf an sich erklärtermaßen zu

Heilzwecken stattfindet, die betreffende Substanz aber eine solche ist, welche notorisch zu andern als Heilzwecken hergestellt wurde, z. B. wenn Kalkwasser, welches aus einer Gerberei oder Stearinfabrik entnommen ist, oder eine wässerige Eisenvitriollösung, welche aus einer Färberei oder Leuchtgasfabrik entnommen ist, zu Heilzwecken verkauft wird, so wird hierin kein Eingriff in das Privilegium der Apotheker liegen. Ein solcher Eingriff wird auch dann nicht vorliegen, wenn eine noch nicht zu Heilzwecken zubereitete Substanz, z. B. Kalkhydrat, Eisenvitriol, zu Heilzwecken in der Weise verkauft wird, daß dem Käufer zugleich eine Belehrung darüber, wie er selbst die Substanz zu seinem eigenen Gebrauche mischen, in Wasser lösen oder sonst zubereiten solle, mitgegeben wird.

3) Die Zubereitung muß nicht bloß überhaupt zu Heilzwecken, sondern sie muß auch in einer der besonderen, im Verzeichnisse A aufgeführten Formen erfolgt sein. Dabei ist sehr wesentlich zu beachten, daß die in dem Verzeichnisse aufgeführten Zubereitungsformen nicht schlechthin als Balsame, Abkochungen, Aufgüsse, flüssige Mischungen, Pulver, Syrupe, Auszüge u. s. w. benannt sind, sondern als Arzneibalsame, Arzneiabkochungen, Arzneiaufgüsse, flüssige Arzneimischungen, Arzneipulver, Arzneisyrupe, Arzneiauszüge u. s. w. Es fragt sich, was die Bedeutung dieser zusätzlichen Bezeichnung ist.

Man könnte, wenigstens auf den ersten Anblick, meinen, es werde damit ausgedrückt, daß die betreffende Zubereitung nicht bloß die Form eines Balsams, einer Abkochung, eines Aufgusses, einer flüssigen Mischung u. s. w. haben, sondern auch aus eigentlichen Arzneistoffen bestehen, zum mindesten einen einzigen solchen Arzneistoff — wenn auch neben andern Stoffen — enthalten müsse, damit sie dem völlig ausschließlichen, sowohl den Groß- als Kleinhandel umfassenden Verkaufsprivilegium der Apotheker

unterliege. Darüber aber, was unter eigentlichen Arzneistoffen im Sinne der kaiserlichen Verordnung zu verstehen sei, ließen sich wiederum zweierlei Meinungen aufstellen, entweder: es seien nur die Stoffe des Verzeichnisses B. darunter begriffen, oder es seien überhaupt alle Stoffe darunter zu verstehen, welche ausschließlich oder doch hauptsächlich zu Heilzwecken verwendet zu werden pflegen. Indessen wird dieser Auslegung der kaiserlichen Verordnung weder in der einen noch in der andern Form beizupflichten sein. Vor Allem stehen ihr praktische Gründe entgegen. Es würde, wenn dieser Auslegung statt gegeben würde, das Verkaufsprivilegium der Apotheker offenbar in einer so tiefgreifenden Weise beeinträchtigt, wie es mit dem gesundheitspolizeilichen Zwecke, um dessenwillen dieses Privilegium geschaffen und bisher im deutschen Reiche aufrecht erhalten worden ist, nicht wohl vereinbar wäre. Denn die zahlreichen Heilmittel, deren kunstgemäße Zubereitung in den Apotheken von dem Publikum und von den Aerzten in Deutschland verlangt wird, beschränken sich, wie ein Blick in die deutsche Pharmakopöe zeigt und wie schon oben an einer Reihe von Beispielen ausgeführt worden ist, entfernt nicht auf solche Stoffe, welche allein oder hauptsächlich zu Heilzwecken dienen, vielmehr besteht ein großer Theil der Heilmittel aus Stoffen, welche für die Industrie und für andere Gebiete eine vergleichungsweise noch größere Bedeutung haben und nicht unter den Begriff der Arzneistoffe fallen, welche aber immerhin, falls eine andere als eine kunstverständige und überdieß (vergl. §. 10 der Minist.-Verfügung vom 8. April 1872, betreffend den Einfluß der deutschen Gewerbeordnung auf das Medizinalwesen) durch ärztliche Verordnung geleitete Hand sie zu Heilzwecken zubereitet, Leben und Gesundheit gefährden können, selbst wenn sie nicht zu den eigentlichen Giften gehören. Ein wirksamer Schutz gegen Arzneipfuscherei würde nicht mehr bestehen. Ob dieser Schutz auch solchen Patienten, welche ihn nicht verlangen, aufgedrängt und ob

er auch jetzt noch nach erfolgter Freigebung der Ausübung der Heilkunde aufrecht erhalten werden soll, ist eine Frage der Gesetzgebung, welche mit der Auslegung der auf der Voraussetzung des Apothekerprivilegiums beruhenden kaiserlichen Verordnung nichts zu schaffen hat.

Die Unrichtigkeit der Annahme, daß als Zubereitungen im Sinne des Verzeichnisses A nur solche Präparate zu verstehen seien, welche aus eigentlichen Arzneistoffen bestehen oder wenigstens einen eigentlichen Arzneistoff mitenthalten, wird nun aber weiter bestätigt durch die der Erlassung der kaiserlichen Verordnung vorausgegangene Erklärung des Reichskanzleramts vom 24. August 1871. Denn dieselbe besagt: bei der Aufstellung des Verzeichnisses A. sei insbesondere die Erwägung entscheidend gewesen, daß bekanntlich Salben, Mixturen, Tinkturen u. s. w. häufig aus den indifferentesten, an und für sich zum medizinischen Gebrauche niemals dienenden Substanzen bereitet, in der ihnen gegebenen Arzneiform aber als souveräne Heilmittel für die verschiedensten Krankheiten angepriesen würden, und daß, um diesem sich mehr und mehr steigernden betrügerischen Unwesen einigermaßen entgegentreten zu können, nicht darauf verzichtet werden dürfe, bestimmte Zubereitungen zu Heilzwecken als solche für die gesetzlich anerkannten Apotheken ausschließlich vorzubehalten.

Man könnte nun sich versucht fühlen, in der Auslegung der kaiserlichen Verordnung nach der entgegengesetzten Richtung hin einen extremen Standpunkt einzunehmen. Es könnte die Ansicht aufgestellt werden, daß auf die Beschaffenheit des Stoffes niemals etwas ankomme, daß vielmehr Zubereitungen zu Heilzwecken, wofern sie nur überhaupt die Form eines Balsams, einer Abkochung, einer flüssigen Mischung u. s. w. an sich tragen, stets und immer als Zubereitungen im Sinne des Verzeichnisses A zu betrachten seien. Allein diese Ansicht

wäre wohl ebenfalls unrichtig. Denn die kaiserliche Verordnung setzt nicht blos im Allgemeinen voraus, daß die Zubereitung, wie die Ueberschrift des Verzeichnisses A. besagt, zu Heilzwecken stattgefunden habe und daß sie die Form eines Balsams, einer Abkochung, einer flüssigen Mischung u. s. w. an sich trage, sondern sie verlangt ausdrücklich noch weiter, daß das betreffende Mittel ein Arzneibalsam, eine Arzneiabkochung, eine flüssige Arzneimischung sein müsse.

Ein Pleonasmus der Worte darf nicht ohne Weiteres unterstellt werden, zumal dann, wenn ein naheliegendes praktisches Bedürfniß für eine Interpretation spricht, welche sämmtlichen Worten ihre selbstständige Geltung einräumt. Die Verordnung wollte offenbar sagen, die betreffende Zubereitung müsse zugleich eine solche sein, welche nach dem herrschenden Sprachgebrauch und nach den feststehenden Anschauungen und Gewohnheiten des Publikums für ein Arzneimittel, eine Arznei gelte. Hiebei sind nun allerdings die Stoffe von einem gewissen Einfluß. Indessen dürfte, da eine scharfe Definition dessen, was man im Publikum unter einer Arznei versteht, schwerlich gegeben werden kann, das Erforderniß vorherrschend als ein negatives zu verstehen, also dahin aufzufassen sein, daß die betreffende Zubereitung, welche speziell zu Heilzwecken hergestellt worden ist und die Form einer Abkochung, einer flüssigen Mischung, eines Pulvers, eines Extraktes an sich trägt, nicht zugleich eine solche sein darf, welche nach der feststehenden öffentlichen Meinung für etwas bestimmtes Anderes als eine Arznei gilt. Dieselbe darf also namentlich nicht gehören zu der Klasse der Nahrungs- oder Genußmittel, wie Himbeerwasser, Kirschwasser, Limonade, Gesundheitsbier, Molken, gepulverter Eichelkaffee, Gesundheits-Chokolade, Malzextrakt, Fleischextrakt, ferner nicht zu der Klasse der künstlichen Mineralwasser, d. h. der Nachahmungen solcher natürlichen Wasser, welche notorisch zu Heilzwecken benützt zu

werden pflegen. Eine indirekte Bestätigung dafür, daß die künstlichen Mineralwasser nicht unter das Verzeichniß A. fallen, findet sich in dem Verzeichnisse selbst insofern, als dasselbe bestimmt, daß die aus Mineralquellen bereiteten Pastillen nicht als Arzneipastillen zu betrachten seien. Dagegen kann allerdings nicht jedes Wasser, worin irgend ein beliebiger Mineralstoff durch geflissentliche Einwirkung gelöst ist, für ein künstliches Mineralwasser gelten, und zwar auch dann nicht, wenn der betreffende Stoff als wirklicher, aber doch nur ganz untergeordneter oder in ganz anderer Verbindung vorkommender Bestandtheil eines natürlichen Mineralwassers sich nachweisen läßt oder wenn er in Wassern vorkommt, welche gar nicht zu Heilzwecken benützt zu werden pflegen. Im Cannstatter Mineralwasser kommt neben den bekannten Bestandtheilen auf 220 Maas auch 1 Gran arsenige Säure vor; deßhalb könnte aber doch ein künstlich hergestelltes Wasser, welches als einzigen oder als wesentlichen Zusatz-Bestandtheil arsenige Säure enthielte, nicht für ein künstliches Mineralwasser gelten. Als ein solches kann eine künstlich hergestellte wässerige Lösung nur dann angesehen werden, wenn sie als Ganzes, d. h. in der Gesammtheit ihrer Bestandtheile, sowohl nach Qualität als Quantität, mit natürlichen Wassern, welche zu Heilzwecken benützt werden, wenigstens im Wesentlichen übereinstimmt.

Es ist nun allerdings nicht zu verkennen, daß es im einzelnen Falle leicht zweifelhaft sein kann, ob eine bestimmte Zubereitung als eine Zubereitung im Sinne des Verzeichnisses A. zu betrachten sei.

Es können diese Zweifel z. B. eintreten bei Mitteln gegen gewisse körperliche Mängel, gegen Schwächezustände, Unschönheiten, welche keine eigentlichen Krankheiten sind, wie Kahlköpfigkeit, graue Haare, Unfruchtbarkeit, Hautunreinheit, schlechte Zähne, übelriechender Athem, ferner bei den sogenannten Heilnahrungsmitteln und künstlichen Mineralwassern in dem Falle, wenn dieselben durch gewisse Zuthaten oder Weglassungen sich von den gewöhnlichen

Nahrungsmitteln, beziehungsweise von den natürlichen Mineralwassern mehr oder weniger unterscheiden.

Allein aus dieser Schwierigkeit, welche nur die Beurtheilung der einzelnen auf der Grenze stehenden Fälle betrifft, wird wohl kein entscheidender Grund entnommen werden können gegen die Richtigkeit der Auslegung im Allgemeinen, wie sie im Vorstehenden gegeben ist.

Der K. Geheime Rath erkannte am 26. März 1873, unter Verwerfung der erhobenen Beschwerde: daß der Angeschuldigte wegen unbefugter Führung des Titels eines Spezialarztes und wegen unbefugten Zubereitens, Feilhaltens und Verkaufens von Arzneien in Gemäßheit des §. 147 Ziff. 3 der Reichsgewerbeordnung, des §. 2 Ziff. 3 des Reichsgesetzes vom 12. Juni 1872, betreffend die Abänderung einiger Strafbestimmungen der Gewerbeordnung, des §. 367 Ziff. 3 des Reichsstrafgesetzbuches und des §. 1 der kaiserlichen Verordnung vom 25. März 1872, betreffend den Verkehr mit Apothekerwaaren, mit einer Geldstrafe von dreißig Thalern zu bestrafen sei.

Die Entscheidungsgründe des K. Geheimen Rathes lauteten:

1) Der Angeschuldigte hat zugestanden und es ist durch die Veröffentlichung desselben im Schwäbischen Merkur bestätigt, daß er sich den Titel eines Spezialarztes beigelegt habe. Da nun im §. 147 Ziff. 3 der Reichsgewerbeordnung und beziehungsweise in §. 2 Ziff. 3 des Reichsgesetzes vom 12. Juni 1872 (Reichsgesetzbl. S. 171) nicht bloß Derjenige mit Strafe bedroht ist, welcher sich, ohne hiezu approbirt zu sein, als Arzt (Wundarzt, Augenarzt, Geburtshelfer, Zahnarzt, Thierarzt) bezeichnet, sondern auch derjenige, welcher ohne erlangte Approbation sich einen ähnlichen Titel beilegt, durch welchen der Glaube erweckt wird, es sei der Inhaber desselben eine geprüfte Medizinalperson, so mußte der Angeschuldigte in Gemäßheit dieser Gesetzesvorschrift für straffällig erkannt werden.

2) Der Angeschuldigte hat ferner eingeräumt und es ist durch die oben erwähnte Veröffentlichung desselben im Schwäbischen Merkur ebenfalls vollkommen bestätigt, daß er schon geraume Zeit her und noch in neuester Zeit bis zum Beginne der strafrechtlichen Untersuchung sogenanntes Hustenwasser und sogenannte Säuberungstropfen zu Heilzwecken fabrizirt, als Heilmittel ausgeboten und in bedeutendem Umfang verkauft habe. Das Hustenwasser besteht, wie schon durch eine in voriger Instanz stattgefundene vorläufige Prüfung desselben bescheinigt war und durch die in gegenwärtiger Instanz angeordnete genauere chemische Untersuchung bestätigt worden ist, aus einer Lösung von Kalkhydrat in Wasser. Die Säuberungstropfen bestehen, wie in Uebereinstimmung mit den eigenen Angaben des Angeschuldigten durch die ebenerwähnte chemische Untersuchung festgestellt worden ist, aus einer Lösung von schwefelsaurem Eisenoxydul in Wasser. Nun bedroht der §. 367 Z. 3 des Reichsstrafgesetzbuchs Denjenigen mit Strafe, welcher ohne polizeiliche Erlaubniß Gift oder Arzneien, soweit der Handel mit denselben nicht freigegeben ist, zubereitet, feilhält, verkauft oder sonst an Andere überläßt. Für die Frage aber, was als eine dem Handel nicht freigegebene Arznei zu betrachten sei, sind seit dem Erscheinen der auf Grund des §. 6 der Reichsgewerbeordnung erlassenen kaiserlichen Verordnung vom 25. März 1872, betreffend den Verkehr mit Apothekerwaaren (Reichsgesetzblatt S. 85 ff.), die Bestimmungen der letzteren maßgebend, und da die gegen N. geführte Untersuchung wesentlich diejenige Thätigkeit desselben zum Gegenstand gehabt hat, welche in die Zeit nach Eintritt der Wirksamkeit der kaiserlichen Verordnung fällt, so muß auch die Frage der Verschuldung des N. nach dem Maßstab der letzteren beurtheilt werden.

Nach §. 1 der kaiserlichen Verordnung ist das Feilhalten und der Verkauf derjenigen „Zubereitungen zu Heilzwecken“, welche in dem ihr beigeschlossenen

Verzeichnisse A. aufgeführt sind, ausschließlich in Apotheken gestattet, und in dem Verzeichnisse A. sind unter Anderem aufgeführt: „Flüssige Arzneimischungen für den innerlichen und für den äußerlichen Gebrauch." Um eine zu Heilzwecken zubereitete flüssige Mischung als Arzneimischung betrachten zu können, wird nicht nothwendig erfordert, daß dieselbe einen solchen Stoff oder mehrere solche Stoffe enthalte, welche schon für sich allein, als einzelne, den ausgesprochenen Charakter von Arzneistoffen haben, d. h. von Stoffen, welche ausschließlich oder doch hauptsächlich zu Heilzwecken verwendet zu werden pflegen; vielmehr genügt es, wenn die Mischung als Ganzes den Charakter einer Arzneimischung hat, und es wird diese Auslegung der kaiserlichen Verordnung insbesondere durch die ihr zu Grunde liegenden, aus einer Erklärung des Reichskanzleramts vom 24. August 1871 ersichtlichen, Motive bestätigt. Eine zu Heilzwecken hergestellte flüssige Mischung erscheint aber als Arzneimischung, sobald sie nicht erweislich den Charakter einer solchen Zubereitung hat, welche nach der allgemein feststehenden Anschauung für etwas Anderes als eine Arznei gilt. Dahin gehören insbesondere Nahrungs- oder Genußmittel und künstliche Mineralwasser. Daß die Zubereitungen N's. Nahrungs- oder Genußmittel seien, wird von ihm selbst nicht behauptet, dagegen macht er geltend, daß sie künstliches Mineralwasser seien. Da jedoch zufolge der vorliegenden sachverständigen Begutachtung keine natürlichen Wasser von solcher Zusammensetzung, wie sie bei den Zubereitungen des Angeschuldigten sich findet, als Mineralwasser vorkommen oder benützt werden, so können diese Zubereitungen auch nicht als Nachahmungen natürlicher Wasser gelten. Vielmehr müssen dieselben, wie auch das K. Medizinalkollegium angenommen hat, für flüssige Arzneimischungen erklärt werden, indem zugleich die Einwendung N's., daß die Lösung eines einzigen Stoffes in Wasser nicht als Mischung zu betrachten sei, als offenbar grundlos zu verwerfen ist.

Hiernach war N. auch des unerlaubten Zubereitens, Feilhaltens und Verkaufens von Arzneien gemäß §. 367 Z. 3 des Reichsstrafgesetzbuchs für schuldig zu erkennen.

Die in voriger Instanz erkannte Gesammtstrafe von dreißig Thalern hat man der Verschuldung des Rekurrenten für entsprechend erachtet.

Alphabetisches Sachregister.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten.)

A.

B.

C.

D.

E.

F.

G.

S.

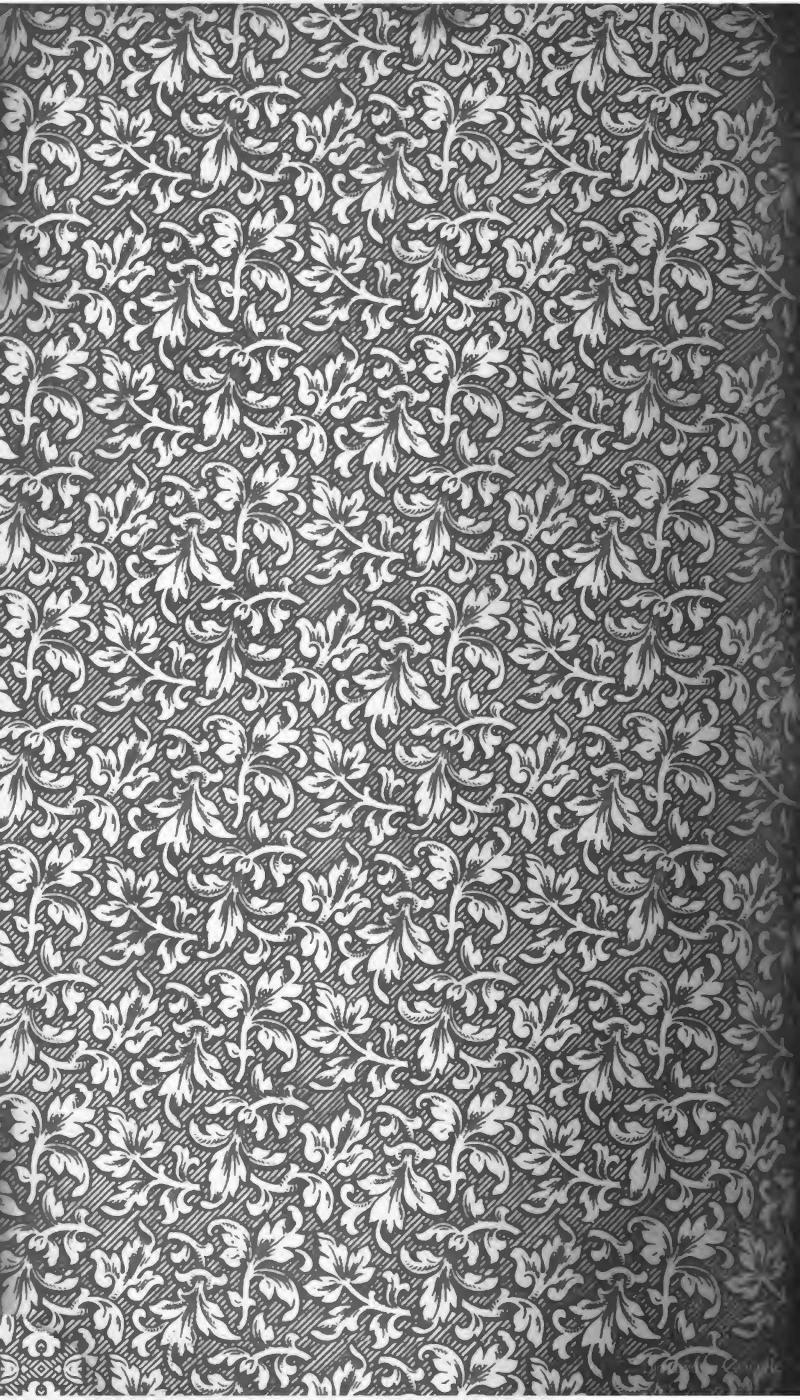
T.

U.

V.

W.

Z.



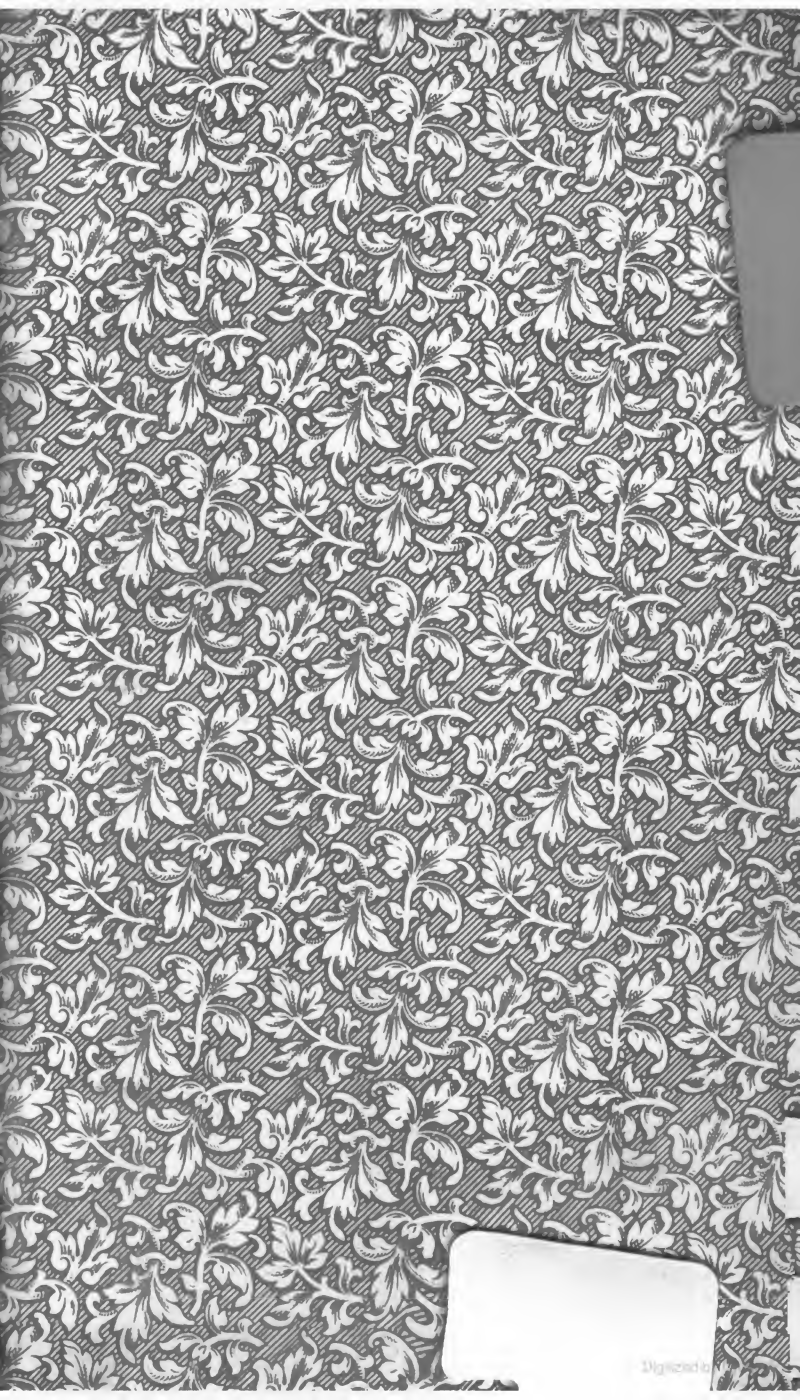
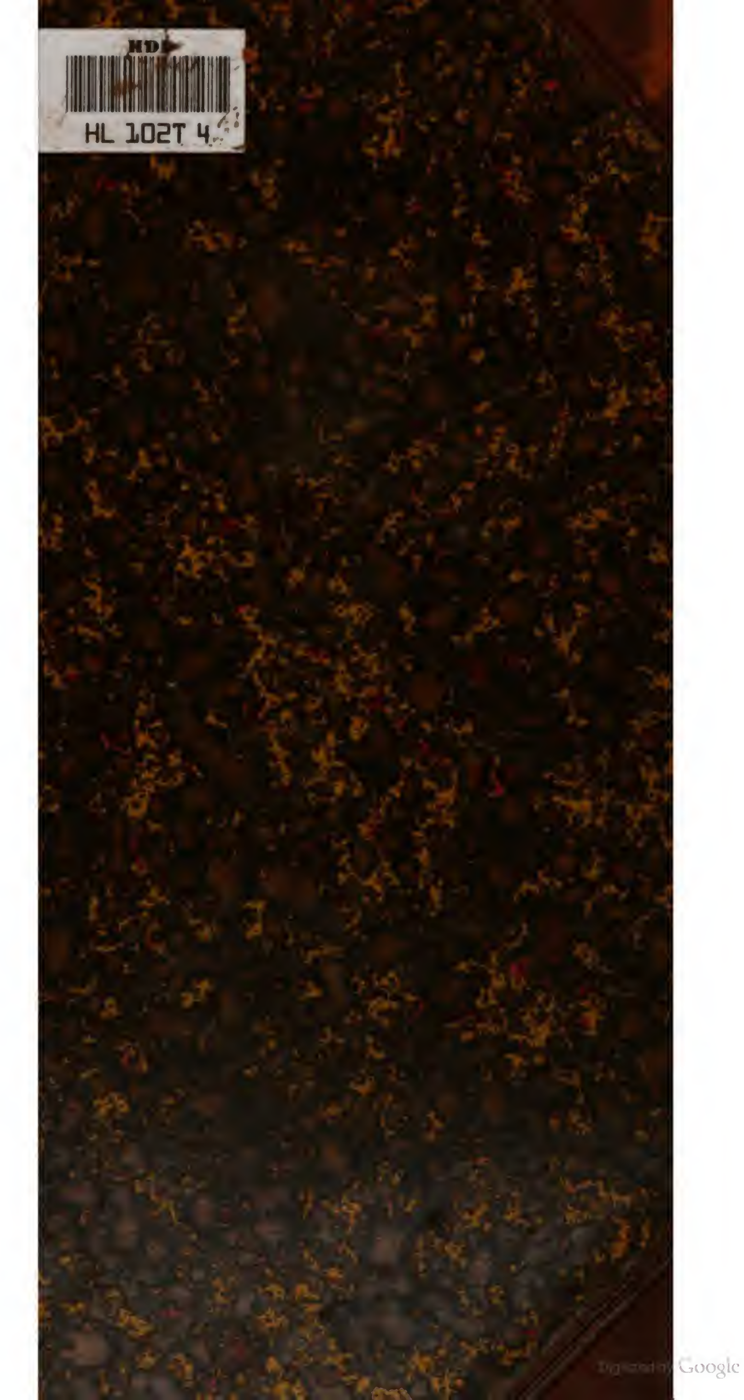


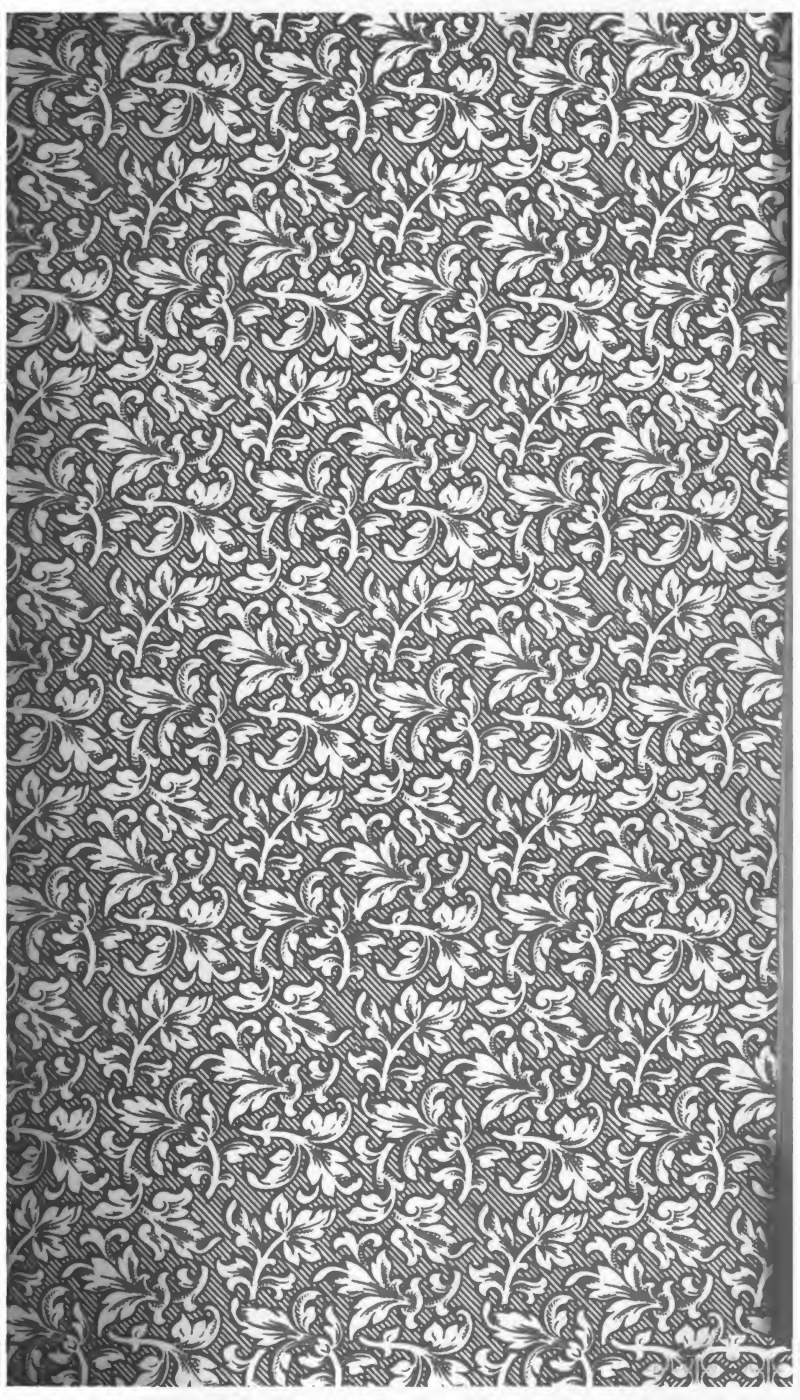


image
not
available

image
not
available

image
not
available





Württembergisches Archiv

für

Recht und Rechtsverwaltung

mit Einschluß der Administrativ-Justiz.

Herausgegeben

von

Dr. F. Ph. F. Kübel,
Oberjustizrath,

und

Dr. E. O. C. Sarwey,
Rechtskonsulent.

Sechster Band.

Stuttgart, 1863.
Druck und Verlag von Chr. Fr. Cotta's Erben.
In Kommission bei **H. Lindemann.**

Inhaltsübersicht

des sechsten Bandes.

Seite

I. Abhandlungen, Rechtsfälle und Gutachten.

Seite

Seite

B. Prozeß.

Seite

III. Litterarische Mittheilungen.

IV. Miscellen.

I.

Abhandlungen, Rechtsfälle und Gutachten.

1) Zur Frage von der Cessibilität litigiöser Forderungen.

(Von Oberjustizrath Dr. Kübel.)

Während das ältere römische Recht nur eine Beschränkung in der Veräußerung von im Streit befangenen Sachen kannte,[1] wurde durch Justinian auch die Cession litigiöser Klagen und Forderungsrechte verboten, und es kann nach dem klaren Inhalt der dießfälligen Gesetzesstellen cst. 2. 4. Cod. de litig. (8, 37) ein gegründeter Zweifel nicht bestehen, daß Justinian, wie schon zuvor die Veräußerung litigiöser Sachen verboten war, auch die Abtretung litigiöser Klagen allgemein verboten hat. Aus Veranlassung der Entscheidung des hiesigen Obertribunals vom 15. Dezember 1843 in S. Sch. c. E. wurde zwar der Zweifel ausgesprochen, ob das in der angeführten Koderstelle enthaltene Verbot der Veräußerung litigiöser Klagen nach den Bestimmungen der Nov. 112. cap. 1. noch als giltig betrachtet werden könne, und solches nicht vielmehr hiedurch aufgehoben und das Verbot wiederum auf die Veräußerung litigiöser Sachen eingeschränkt worden seye. Allein die Novelle handelt, wie schon der Schluß der Vorrede und die Ueberschrift ergibt, nicht von der Litigiosität der Klage oder dem durch den Prozeß begründeten Hinderniß für den Kläger, sein Recht an Andere abzutreten, sondern von der Litigiosität der im Streit befangenen Sache, also dem für den Beklagten bestehenden Hinderniß, den Streitgegenstand zu

[1] Vergl. Mühlenbruch, Cession der Forderungsrechte §. 29. Zimmermann, im Archiv für civ. Pr. Bd. 35, S. 431 ff.

veräußern.[2] Was eine res litigiosa sey, soll hier auseinandergesetzt werden, und dieß wird dahin beantwortet: „de cujus dominio causa inter petitorem et possidentem movetur“, d. h. also eine Sache wird nur litigiös und fällt nur dann unter das Veräußerungsverbot, wenn solche mittelst dinglicher Klage als Eigenthum in Anspruch genommen wird.[3] Dieß hat aber mit dem Begriff der actio litigiosa und dem Verbot der Veräußerung derselben überall nichts zu thun. Zur Litigiosität der Klage bedarf es nichts weiter, als ihrer Rechtshängigkeit,[4] und es sagen die Gesetze ganz allgemein, daß jede Klage, quae in judicium deducta est, lite pendente nicht veräußert werden dürfe, und zwar ohne zwischen dinglichen und persönlichen Klagen zu unterscheiden. Demzufolge ist von den Rechtslehrern auch allseitig anerkannt, daß nach römischem Recht eine zum Prozeß gebrachte Klage, möge sie nun eine dingliche oder persönliche seyn, nicht mehr abgetreten werden dürfe.[5] Eine andere Frage

---

[2] Mühlenbruch, Cession §. 31, S. 386, 387. Wächter, Erört. Heft 3, S. 114, 115. **Lauterbach, Coll. Pand. Tom. III., lib. XLIV., Tit. 6, §. 4.**

[3] Wächter, württ. Priv.R. Bd. 2, S. 528, 529. Glück, Comm. Thl. 3, S. 399, 400. Spangenberg, im Archiv f. civ. Pr. Bd. 9, S. 406 ff. Zimmermann, ebendas. Bd. 35, S. 441 ff., 446 ff. und im Archiv f. prakt. Rechtsw. Bd. 1, S. 4 ff. Seuffert, Archiv Bd. 6, Nr. 20.

[4] Der hiefür entscheidende Prozeßabschnitt ist die Litiscontestation. Vergl. Mühlenbruch, Cession (3. Aufl.) S. 386 ff. Wächter, Erört. Heft 3, S. 114 ff.

[5] Wächter, württ. Priv.R. Bd. 2, S. 534. Strippelmann, Entsch. des Oberappellationsgerichts zu Kassel Thl. 5, Abth. 2, S. 422. Zimmermann im Archiv f. civ. Pr. Bd. 35, S. 440. Hartter, in der Zeitschr. f. Civ.R. u. Proz. N. F. Bd. 12, S. 423 ff. Auch Lauterbach, **loco cit.** §. 2, 6, 7, 9 sagt ausdrücklich, daß jede Klage, seye sie Real- oder Personalklage, litigiös werde und daher unter das Veräußerungsverbot falle, sobald sie rechtshängig geworden, und nur zur Litigiosität der Sache es der Anstellung einer Realklage bedürfe.

ist es, ob das römische Verbot der Cession litigiöser Forderungen heutzutage bei ganz veränderten Verkehrsverhältnissen, Rechtsanschauungen und Prozeßgesetzen noch Anwendung finden kann, und es hat das hiesige Obertribunal in dem schon angeführten, am 15. Dezember 1843 entschiedenen Falle angenommen, daß das fragliche Verbot als durch die gemeine Praxis aufgehoben zu betrachten seye.[6] Nun ist es allerdings richtig, daß eine solche Praxis insbesondere von älteren Rechtsgelehrten und Praktikern mehrfach bezeugt, und behauptet wird, daß nach heutiger Gewohnheit das fragliche Verbot nicht mehr giltig seye. Wie Spangenberg[7] ausgeführt hat, ist diese Ansicht zuerst hauptsächlich durch französische und holländische Rechtsgelehrte, unter welch' letzteren insbesondere H. Grotius, Wissenbach und Voët, mit Rücksicht auf die nach französischem und holländischem Recht anerkannte Unanwendbarkeit des Verbots vertheidigt,[8] und hierauf derselben namentlich durch Struv und Berger auch in Deutschland in Theorie und Praxis Eingang verschafft worden.[9] Aus der älteren Praxis ist durch Berger ein Erkenntniß der Leipziger Juristenfakultät von 1708 bekannt, worin sich gegen die heutige Anwendbarkeit des Verbots ausgesprochen worden, und Cramer führt ein Erkenntniß des Reichskammergerichts von 1758 an, wonach in gleicher Weise entschieden wurde;[10] ebenso sprach sich das Oberappellationsgericht

---

[6] Sarwey, Monatschr. Bd. 13, S. 469. Berner-Schäfer, das Verf. S. 309.

[7] Im Archiv für civ. Pr. Bd. 9, S. 408.

[8] Wissenbach, Exercitat. ad Pand. Disp. 25, lib. 44, Nr. 26, p. 913. Voët, Comm. ad Pand. Lib. XLIV., tit. 6, §. 3.

[9] Struvius, Syntagma juris civ. Exercit. 46, lib. 44, tit. 6, thes. 51. Berger, Oeconom. jur. Lib. III., tit. 5, th. 5, nota 22. Hellfeld, Jurispr. for. Lib. 44, tit. 6, §. 1898, 1899. Glück, Comm. Thl. 16, S. 384, Note 94. Claproth, Rechtswissenschaft Thl. 2, §. 278.

[10] Cramer, Observ. jur. univ. obs. 491, p. 123.

zu Celle in einem Erkenntniß vom 8. September 1826 aus,[11] und auch in einem von Hufnagel[12] mitgetheilten Erkenntniß des württembergischen vormaligen Provinzialjustizkollegium zu Rottenburg vom 14. Aug. 1812 ist gesagt, daß die Veräußerung einer rei vel actionis litigiosae wenigstens nach der Praxis für giltig erkannt werde. Demgemäß behauptet auch Reyscher,[13] daß nach der Praxis rechtshängige Forderungen abgetreten werden können; er beruft sich jedoch hiefür nur auf Struv, Berger und Glück, ohne weitere Rechtssprüche aus der Praxis beizubringen. Ebenso wird von Zimmermann[14] angenommen, daß nach der Praxis der deutschen Gerichte die Cession litigiöser Klagen, jedoch unbeschadet aller Rechte des Beklagten, wie sie gegen den Kläger bestanden haben würden, gestattet seye. Auch er weiß sich jedoch für die angebliche gemeine deutsche Praxis nur auf die schon angeführten wenigen Erkenntnisse zu berufen. Der neueste mir bekannte Schriftsteller, welcher unsere Frage eingehend behandelt hat, Hartter, ist gleichfalls der Ansicht, daß das römische Verbot der Veräußerung litigiöser Rechtsansprüche nicht mehr anwendbar und somit die Cession litigiöser Klagen und Forderungen unbedingt erlaubt seye; er stützt jedoch diese seine Ansicht nicht auf eine dem Verbot derogirende Praxis oder Gewohnheit, sondern es sucht derselbe nachzuweisen, daß das römische Verbot, welches seinen Grund darin gehabt, dem Beklagten die in der deductio in judicium begründete Sachlage zu wahren und ihn bei einer Cession vor ergangenem Urtheil während der Litispendenz vor einer Prozeßwiederholung mit einem neuen Gegner zu schützen, in Folge der veränderten Prozeßgrundsätze unpraktisch

---

[11] Spangenberg, Forts. v. Bülow's u. Hagemann's prakt. Erört. Bd. 8, Abth. 2. Nro. 9, S. 84.

[12] Mitth. Bd. 1, S. 228.

[13] Württ. Priv.R. Bd. 2, §. 525, Note 5.

[14] Im Archiv für civ. Pr. Bd. 36, S. 55 ff. u. S. 65.

und bedeutungslos geworden, und daher als antiquirt zu betrachten seye, da der heutige Prozeß aus sich selbst kraft der richtigen Entwicklung der objektiven Bedeutung der Litispendenz den Beklagten gegen schädliche Folgen böswilliger Veräußerungen beschütze, und somit selbst dem Beklagten diejenigen Garantieen biete, welche das römische Recht durch den Nothbehelf des Veräußerungsverbots habe erreichen wollen.[15] Der Ausführung Hartters hat sich Holzschuher[16] angeschlossen, und in ähnlicher Weise hatte sich schon früher Sintenis[17] ausgesprochen, welcher jedoch der von ihm erkannten Zwecklosigkeit und Entbehrlichkeit des Verbots ungeachtet solches dennoch als bestehendes und giltiges Recht betrachtet. Vom gemeinrechtlichen Standpunkte aus wird man letzterem beipflichten müssen, wie denn auch von der Mehrzahl der Theoretiker und Praktiker das Bestehen eines dem fraglichen Verbot derogirenden gemeinen deutschen Gewohnheitsrechts in Abrede gezogen und die fortdauernde Giltigkeit und Anwendbarkeit des Verbots auch heutzutage behauptet wird,[18] und ebenso das Oberappellations-

---

[15] Hartter in d. Zeitschr. für Civ.R. u. Proz. N. F. Bd. 12, §. 14, S. 425, §. 19, S. 435, §. 24, S. 445.

[16] Theorie und Casuistik (2. Aufl.) Bd. 3, S. 121, 122.

[17] Civilrecht Bd. 1, S. 336.

[18] Stryk, de juribus et actionibus non cessibilibus. Cap. VI. §. 1; usus modern. 44, 6. Mevius, Decis. Pars IV. decis. 350. Brunnemann, de cessione act. Cap. IV. §. 10. cf. §. 2, 3. Lauterbach, Coll. Pand. Tom. III. Lib., XLIV.. Tit. 6, §. 15, 22. Malblanc, Princ. §. 369. Hofacker, Princ. jur. civ. §. 1945. Thibaut, Pand. (8. Ausg.) §. 532, Note f. g. Schweppe, röm. Privatrecht Bd. 1, §. 162 a. Bd. 3, §. 398. Wening-Ingenheim, Civilrecht (3. Aufl.) Bd. 1, §. 52. Mackeldey, Lehrb. des heut. röm. Rechts Bd. 2, §. 335, Note e. Mühlenbruch, Cession §. 31, Note 319. Göschen, Vorlesungen Bd. 1, §. 165. Wächter, württ. Privatrecht, Bd. 2, S. 534, 535. Derselbe, Erört. Heft 3, S. 114. Brinkmann, über Litigiosität §. 11. Unterholzner, Schuldverh. Bd. 1, S. 209, 607. Sintenis, Civilrecht Bd. 1, S. 336, Bd. 2,

gericht zu Lübeck in Entscheidungen vom 31. Mai 1845, 30. November 1850 und 31. Mai 1856, das Oberappellationsgericht zu Jena in einer Entscheidung vom 28. Dez. 1833, das Oberappellationsgericht zu Wiesbaden in einer Entscheidung vom 4. Oktober 1853 und das Oberappellationsgericht zu München in einem Falle, welcher nach gemeinem Rechte zu beurtheilen war, am 27. Nov. 1857 dafür sich ausgesprochen haben, daß ein, das Verbot der Cession litigiöser Forderungen aufhebendes allgemeines deutsches Gewohnheitsrecht nicht dargethan und das Verbot daher auch jetzt noch giltig und zur Anwendung zu bringen seye.[19] Hiemit übereinstimmend hat ein württembergischer Gerichtshof in einem von Hufnagel[20] veröffentlichten Erkenntniß vom 25. Februar 1834 bezeugt, daß sich bei diesem Gerichtshofe eine Praxis, wonach litigiöse Klagen cedirt werden können, nicht gebildet habe, und auch in Entscheidungen des Gerichtshofs zu Tübingen vom 15. Jan. 1847 und 10. Juni 1856 wurde ausgesprochen, daß eine Praxis in dieser Allgemeinheit nicht nachgewiesen sey; doch wurde bei diesen letzteren Entscheidungen angenommen, daß die Praxis das Verbot wesentlich beschränkt habe, wovon nachher die Rede seyn wird.[21] Ebenso ist bei der Entscheidung des hiesigen Obertribunals vom 8. März 1850 in S.

S. 814, Note 42. Vangerow, Leitfaden Bd. 3, §. 574, Anm. 2, Nro. 4, (Aufl. 6, S. 123). Puchta, Pand. §. 68, Anm. 4. Arndts, Pand. §. 113, Anm. 4, lit. h., §. 258, Anm. 3 (Aufl. 2, S. 141, 385,) Spangenberg, im Archiv für civ. Pr. Bd. 9, S. 410 ff. Martin, Lehrb. des Civilproz. (13. Aufl.) §. 156, Ziff. 5, Note e. Linde, Civilproz. §. 206, Ziff. 8. Flach, Entsch. d. Oberappellationsgerichts zu Wiesbaden Thl. 3, S. 9 in der Note. Bayer, Vorträge (7. Aufl.) S. 337. Wetzell, System S. 26 u. 86 ff. Bolley, Entw. u. Anträge Bd. 1, S. 232.

[19] Seuffert, Archiv Bd. 5, Nro. 10 u. 84 u. S. 100. Bd. 11, Nro. 135, Bd. 12, Nro. 89, Bd. 14, Nro. 251.

[20] Mitth. aus der Praxis Bd. 1, S. 229.

[21] Ebendas. S. 555 ff. und Berner-Schäfer, das Verfahren, S. 309.

P. R. und R. c. Pl. die Richtigkeit des von dem Obertribunal bei der Entscheidung vom 15. Dezember 1843 aufgestellten Satzes, daß sich eine allgemeine deutsche Praxis für die Unanwendbarkeit des Verbots der Veräußerung litigiöser Forderungen gebildet habe, in Zweifel gezogen, und ein weiteres Eingehen auf den angeregten Zweifel nur durch die Erklärung des Cessionars abgeschnitten worden, daß er mit der Fortführung des Rechtsstreits durch den Cedenten einverstanden sey, und das gegen diesen ergehende Urtheil auch gegen sich gelten lassen wolle.

Uebrigens wird auch von solchen, welche die fortdauernde Giltigkeit des römischen Verbots behaupten, anerkannt, daß dasselbe als unnöthig und zwecklos sich legislativ nicht rechtfertigen lasse,[22] und Hufnagel[23] glaubt daher, daß die Praxis der den heutigen Rechtsbegriffen entsprechenderen Ansicht, welche eine litigiöse Klage als abtretbar betrachte, folgen sollte.

Einzelne Gesetzgebungen sind diesen Weg gegangen, indem sie das betreffende Verbot außer Wirkung gesetzt und die Abtretung litigiöser Klagen für zuläßig erklärt haben. So wurde das Verbot aufgehoben durch das preußische Landrecht Thl. I, Tit. 11, §. 383, 384 und 385, übrigens mit dem selbstverständlichen Beisatz, daß durch die Cession an der Lage des Prozesses nichts geändert werde, und mit der Beschränkung, daß die Cession nicht an Mitglieder des Gerichts erfolgen dürfe, wo die Sache anhängig geworden. Dasselbe gilt in Bayern nach den Bestimmungen des bayerischen Landrechts von 1616 Tit. 8, Art. 6 und von 1756 Thl. II, Kap. 3, §. 8, Ziff. 5, Thl. IV, §. 8, Ziff. a.,[24] und des Gesetzes vom

---

[22] Wächter, württ. Privatrecht Bd. 2, S. 534. Derselbe, Erört. Heft 3, S. 114. Bolley, Entw. u. Antr. Bd. 1, S. 232. Sintenis, Civilrecht Bd. 1, S. 336.

[23] Mitth. Bd. 1, S. 232 u. 555.

[24] Blätter für Rechtsanw. Bd. 10, S. 177, Bd. 17, S. 361.

22. Febr. 1855 Tit. 2. Ebenso bestimmt ein weimarisches Gesetz vom 6. Mai 1826, §. 2, daß auch Forderungen, über welche ein Rechtsstreit bestehe, giltig abgetreten werden können, und auch in Oesterreich besteht eine Beschränkung der Veräußerung bestrittener Ansprüche nicht, da das österreichische Gesetzbuch §. 1393 einer solchen Beschränkung nicht erwähnt.[25] Die französische Gesetzgebung, code civ. Art. 1699, 1700, läßt die Abtretung eingeklagter Ansprüche mit dem Vorbehalt zu, daß sich der Beklagte befreien kann, wenn er dem Cessionar den Cessionsschilling sammt Zinsen und Kosten erstattet.

Zwischen den beiden in Vorstehendem dargelegten Ansichten steht eine weitere dritte Ansicht in der Mitte, welche gleichfalls unter den Schriftstellern, wie in der Rechtsprechung Eingang gefunden hat. Nach dieser Ansicht ist zwar das römische Veräußerungsverbot noch immer in Kraft, allein es will demselben nur eine beschränkte Anwendung gestattet werden. Es wird dabei zumeist davon ausgegangen, daß der Grund und Zweck des Verbots der Abtretung litigiöser Klagen in ähnlicher Weise, wie dieß die Gesetze, l. 1, l. 4, §. 1, D. de alien. jud. mut. (4,7), l. 3, D. de litig. (44,6) und cst. 2 Cod. ne liceat pot. (2,14), bezüglich des Verbots der alienatio judicii mutandi causa bestimmen, darin bestehe, zu verhüten, daß nicht die Lage des Gegners durch die Veräußerung verschlimmert werde, woraus dann die Folgerung abgeleitet wird, daß das Verbot nur im Falle eines dem Gegner aus der Veräußerung erwachsenden Nachtheils Anwendung finden könne. So hat sich insbesondere Leyser,[26] unter Anführung eines Urtheils der Helmstädter Juristenfakultät von 1719, dahin ausgesprochen, daß die cessiones actionum litigiosarum heut zu Tage ohne Nachtheil des debitoris wohl geschehen können, und dieselbe An=

[25] Zeiller, Comm. Bd. 4, S. 84, Nro. 2.

[26] **Med. spec. 518. med. 1.**

sicht vertheidigt Pufendorf[27] und Hommel.[28] In der Praxis wurde dieselbe insbesondere von dem Oberappellationsgericht zu Cassel adoptirt, indem dieses in einer Reihe von Entscheidungen den Satz aufgestellt und zur Anwendung gebracht hat, es sey die Anwendung des Verbots der Veräußerung litigiöser Forderungen in ähnlicher Weise wie bei der alienatio judicii mutandi causa durch die Voraussetzung bedingt, daß die Lage des cedirten Schuldners in Folge der Cession sich verschlimmern werde, und somit, wo diese Voraussetzung eines dem Beklagten aus der Cession erwachsenden Nachtheils nicht zutreffe, die Cession erlaubt.[29] Derselben Ansicht folgte das württembergische vormalige Provinzialjustizkollegium zu Rottenburg bei der schon oben erwähnten Entscheidung vom 14. August 1812;[30] ebenso sprach der Gerichtshof zu Tübingen in der gleichfalls schon gedachten Entscheidung vom 15. Januar 1847 aus, daß die Praxis unter der Voraussetzung, daß der Beklagte durch den Wechsel in der Person des Klägers nicht gefährdet werde, die Abtretung litigiöser Klagen gestatte,[31] und in der weiteren auch schon oben angeführten Entscheidung desselben Gerichtshofs vom 10. Juni 1846 wurde wiederholt anerkannt, daß, wenn auch eine dem Veräußerungsverbot derogirende allgemeine Praxis nicht nachgewiesen sey, die Anwendung des Verbots doch davon abhänge, ob die Veräußerung dolo malo oder zum Nachtheil der Gegenpartei geschehen.[32] Hufnagel[33] glaubt nach seinen

---

[27] Observ. Tom. IV. obs. 201.

[28] Rhapsod. quaest. for. Vol. V. Nro. 684. p. 383.

[29] Spangenberg, Entsch. des Oberappellationsgerichts zu Cassel Thl. 5, Abth. 2, S. 425 ff. 432, 434, 435, 437, 440. Seuffert, Archiv Bd. 3, Nro. 21.

[30] Hufnagel, Mitth. Bd. 1, S. 228.

[31] Ebendas. S. 555.

[32] Berner=Schäfer, das Verf. S. 309.

[33] Mitth. Bd. 1, S. 231.

Erfahrungen annehmen zu dürfen, daß die meisten württembergischen Gerichte in diesem Sinne urtheilen, und auch Schäfer[34] nimmt eine Praxis der württembergischen Gerichte insoweit als konstatirt an, daß die Abtretung litigiöser Klagen zugelassen werde, wenn die Veräußerung nicht in arglistiger Absicht zur Erschwerung der Rechtsvertheidigung des Beklagten geschehen. In Uebereinstimmung hiemit hat auch das hiesige Obertribunal in den Entscheidungsgründen zu dem Erkenntnisse vom 8. Sept. 1854 in S. Pf. c. B. bemerkt, daß die Abtretung von Klagrechten während eines Rechtsstreites von den württembergischen Gerichten zugelassen werde, wenn die Abtretung nicht in arglistiger Absicht und nicht zur Erschwerung der Rechtsvertheidigung des Beklagten, also nicht zu dessen Nachtheil, vorgenommen worden.

Dagegen hat Spangenberg[35] die theoretische Unhaltbarkeit dieser Ansicht nachgewiesen; ebenso ist derselben das Oberappellationsgericht zu Lübeck in der schon gedachten Entscheidung vom 30. Nov. 1850 entgegengetreten, da sich eine Beschränkung des Verbots der Cession litigiöser Forderungen auf den Fall eines für den Gegner daraus sich ergebenden Nachtheils in den Gesetzen nicht finde,[36] und auch das Oberappellationsgericht zu München hat in der oben angeführten Entscheidung vom 27. Nov. 1857 jene Ansicht verworfen, da die neuere Doktrin dargethan habe, daß das in cst. 4 Cod. de litig. (8,37) ausgesprochene Verbot der Cession litigiöser Forderungen ein selbstständiges, aus besonderen Motiven hervorgegangenes sey und daher aus anderen Gesetzen, insbesondere aus l. 4, §. 1 D. de alien. jud. mut. causa (4,7), l. 3 de litig. (44,6) cst. 2 Cod. ne liceat pot. (2,14),

---

[34] Berner-Schäfer, das Verf. S. 309.

[35] Im Archiv f. civ. Pr. Bd. 9, S. 412 ff.

[36] Seuffert, Archiv Bd. 5, Nro. 10.

welche Stellen die Abtretung im Prozeß befangener Klagerechte gar nicht betreffen, sich nicht interpretiren lasse.[37]

Ist hiemit dargethan, daß die verschiedenen auseinandergehenden Ansichten bezüglich der heutigen Anwendbarkeit des Verbots der Abtretung litigiöser Klagen und Forderungsrechte bis in die neueste Zeit in der Praxis wie in der Theorie Anerkennung und Anwendung gefunden haben und somit von einer gleichförmigen Manifestation einer im Volke lebenden Rechtsüberzeugung keine Rede seyn kann, so wird man darüber nicht wohl im Zweifel seyn können, daß die Annahme des Bestehens eines allgemeinen deutschen Gewohnheitsrechts, wodurch das Verbot aufgehoben worden, wie solches von dem hiesigen Obertribunal bei der Eingangs erwähnten Entscheidung vom 15. Dez. 1843 unterstellt wurde, sich nicht wird halten lassen, so wünschenswerth die vollständige Beseitigung des nicht mehr zeitgemäßen Verbots auch erscheinen möchte.

Dagegen wird man kein Bedenken tragen dürfen, das Bestehen eines, das Verbot auf den Fall der Benachtheiligung des Beklagten durch die Cession beschränkenden württembergischen Gewohnheitsrechts als zureichend dargethan anzunehmen. Denn nicht nur sind, wie gezeigt, mehrfache Erkenntnisse württembergischer Gerichte, so des Provinzialjustizkollegiums zu Rottenburg vom 14. August 1812, des Gerichtshofs zu Tübingen vom 15. Januar 1847 und 10. Juni 1856 und des K. Obertribunals vom 8. Sept. 1854 bekannt, in welchen der, schon von Leyser aufgestellte und von Pufendorf und Hommel vertheidigte und auch in der Rechtsprechung des Oberappellationsgerichts zu Kassel adoptirte Satz[38] ausgesprochen worden ist, daß die Anwendung des Verbots der Veräußerung litigiöser Klagen und Forderungs-

---

[37] Seuffert, Archiv Bd. 12, Nro. 89.

[38] Vergl. Note 25—28.

rechte einen dem Beklagten daraus erwachsenden Nachtheil voraussetze, sondern es wurde dieser Satz bei den gedachten Entscheidungen ausdrücklich als ein von den württembergischen Gerichten anerkannter bezeichnet, und ebenso haben zwei erfahrene württembergische Praktiker, Hufnagel und Schäfer, das Bestehen einer solchen Praxis der württembergischen Gerichte bezeugt.[39] Auch würde sich, meiner eigenen Erfahrung zufolge, aus der Praxis der Untergerichte unschwer eine Reihe von Fällen nachweisen lassen, in welchen die dem Beklagten unnachtheilige Cession litigiöser Forderungen unbeanstandet zugelassen worden ist. Nun ist zwar nicht jede Gerichtspraxis an und für sich schon geeignet, zum Beweise eines Gewohnheitsrechts, als einer formell verbindlichen Rechtsquelle, zu dienen, da ihr in der Regel nur die Absicht der Auslegung und Anwendung des wahren Sinnes des geschriebenen Rechtes zu Grunde liegt, die aus der rein interpretativen Thätigkeit der Gerichte hervorgehenden Rechtssätze aber, soferne sie lediglich auf inneren Gründen beruhen, nur durch ihre wissenschaftliche Wahrheit eine Autorität haben und die Bedeutung eines Gewohnheitsrechts, als einer nicht im geschriebenen Rechte, sondern in dem nationalen Rechtsbewußtseyn wurzelnden gemeinsamen Ueberzeugung von einem Rechtssatze, niemals abgeben können. Allein die in Frage stehende Praxis verdankt ihre Entstehung offenbar dem Bestreben, einem im Volke allgemein anerkannten Rechtsbedürfnisse gerecht zu werden und ein gesetzliches Verbot zu beseitigen, das mit dem Streben der Gegenwart, die Freiheit jedes an sich zulässigen Verkehrs zu befördern und solchen von allen lästigen Hemmnissen zu befreien, in geradem Widerspruch steht, auch zumal bei der oft langen Dauer der Prozesse zu großer und unbilliger Belästigung des Klägers führt und zudem durch die veränderte Gestaltung

[39] Vergl. Note 25—33.

des heutigen Prozesses nutz- und zwecklos geworden und daher als mit dem heutigen Rechtsbewußtseyn unverträglich überall anerkannt ist.[40] Wo aber als Grund und Zweck eines Gerichtsgebrauchs der Wille sich darstellt, durch den aufgestellten Rechtssatz eine im Volke lebende gemeinsame Rechtsüberzeugung zum Ausdruck zu bringen und hiedurch das Rechtssystem mit dem lebendigen Rechtszustand zu versöhnen, bildet der Gerichtsgebrauch eines der sichersten Erkenntnißmittel des Bestehens eines Gewohnheitsrechts. Zwar wurden, wie oben angeführt worden, zur Begründung der durch die Praxis angestrebten Beschränkung des Cessionsverbots litigiöser Forderungen da und dort die bezüglich der alienatio judicii mutandi causa bestehenden Gesetzesbestimmungen zu Hilfe genommen und dadurch den Entscheidungen der äußere Schein einer bloßen Auslegung und Anwendung des geschriebenen Rechts gegeben. Allein nicht in dieser Auslegung des Gesetzes ist in Wirklichkeit der Grund und Anlaß der Aufstellung des fraglichen Rechtssatzes zu suchen, sondern in der Erkenntniß eines vorhandenen Rechtsbedürfnisses, wie dieß auch aus dem Bestreben der Praxis erhellt, über die gedachten Gesetzesbestimmungen hinauszugehen und das Cessionsverbot für unbedingt unanwendbar zu erklären, ein Bestreben, das sich auch in der oben angeführten Entscheidung des hiesigen Obertribunals vom 15. Dez. 1843 manifestirt hat. Die in einzelnen Entscheidungen sich findende Berufung auf Stellen des geschriebenen Rechts stellt sich daher nur als ein unrichtiges Mittel dar, den als ein Bedürfniß des Verkehrslebens erkannten und in der nationellen Rechtsüberzeugung wurzelnden Rechtssatz zur Geltung zu bringen. Hiedurch wurden aber die Aussprüche ihrer Bedeutung als Aus-

---

[40] Vergl. Note 21 und Hufnagel, Mitth. Bd. 1, S. 232. Hartter, in der Zeitschrift für Civ.R. u. Proz. N. F., B. 12, S. 391 ff., insbes. §. 19—24.

druck einer im Volke lebenden Rechtsüberzeugung nicht entkleidet, sie behalten ihre Wurzel im Rechtsbewußtseyn des Volks und es muß daher der durch sie sanktionirte Rechtssatz als Gewohnheitsrecht aufrecht erhalten bleiben, wenn auch die versuchte wissenschaftliche Begründung desselben als unhaltbar sich erwiesen hat.

Dieß ist von dem Oberappellationsgericht zu München bei der oben erwähnten Entscheidung vom 27. Nov. 1857 verkannt worden, indem dasselbe ausgesprochen hat, daß die von den älteren Praktikern, Leyser und Pufendorf, nachgewiesenen Fälle, in welchen streitige Forderungen für cessibel erklärt worden, nicht nur an sich (wohl wegen ihrer geringen Zahl), sondern auch darum nicht geeignet seyen, eine allgemeine, dem fraglichen Verbote derogirende Gewohnheit zu beglaubigen, weil aus den von jenen Praktikern beigebrachten Urtheilen erhelle, daß die Richter bemüht gewesen, durch eine, andere Gesetzesstellen zur Vergleichung ziehende Auslegung das besagte Verbot wegzuschaffen, und diese lediglich doktrinelle Auslegung nicht weiter zur Richtschnur dienen könne, sobald sie für unrichtig erkannt worden.[41] Es wäre dieß richtig, wenn anzunehmen wäre, daß die fraglichen Aussprüche der Praxis ihren letzten Grund in der Auslegung des Gesetzes haben, und diese Auslegung somit ihr wirkliches und alleiniges Fundament bilden würde; in diesem Falle könnte der Praxis die Bedeutung eines Erkenntnißmittels für das Bestehen eines Gewohnheitsrechts nicht zukommen, vielmehr müßte ihr, wenn die Unrichtigkeit der ihr zu Grund liegenden Gesetzesauslegung erkannt worden, ebendamit jede Bedeutung abgesprochen werden, und wenn man sie noch so lange für wahr gehalten und seit Menschengedenken in den Gerichten zur Anwendung gebracht hätte. Denn in diesem Fall wäre der Gerichtsgebrauch nicht die Uebung einer im Volke lebenden und

---

[41] Seuffert, Archiv Bd. 12, Nro. 89.

aus diesem hervorgangenen gemeinsamen Rechtsüberzeugung, sondern vielmehr nur die Uebung eines wissenschaftlichen Irrthums, welche mit der Erkenntniß des Irrthums der Wahrheit weichen müßte. Allein die fragliche, auf die Beschränkung des Verbots der Cession litigiöser Forderungen abzielende Praxis gründet in Wahrheit nicht in der Interpretation des Gesetzes, es wurde das Cessionsverbot durch die Praxis nicht darum beschränkt, weil die für richtig erkannte Gesetzesauslegung auf diese Beschränkung führte, sondern es wurde vielmehr Theorie und Praxis erst durch das für die Beschränkung sprechende Rechtsbedürfniß auf jene Interpretation und darauf geführt, mit Hilfe von Stellen des geschriebenen Rechts der Annahme einer Beschränkung des mit den Rechtsbedürfnissen der Gegenwart nicht mehr vereinbaren und dem heutigen Rechtsbewußtseyn widerstreitenden Cessionsverbots den Weg zu bahnen. Ihren eigentlichen Grund hat daher die in Frage stehende Praxis nicht in der Auslegung des Gesetzes, sondern in dem allgemein anerkannten rechtlichen Bedürfnisse und dem damit zusammenstimmenden, im Volke lebenden Rechtsbewußtseyn, und dieser Grund bleibt bestehen, wenn auch die aus dem geschriebenen Rechte hergeholten Stützen als haltlos sich erwiesen haben.[42]

Hienach muß als dargethan angenommen werden, daß in Württemberg das Verbot der Cession litigiöser Forderungen durch Gewohnheitsrecht auf solche Fälle beschränkt worden ist, in welchen die Cession zum Nachtheil des Beklagten geschehen, und es ist dieß auch auf den Grund der vorstehenden Ausführung in einer Entscheidung vom 8./10. Juli 1862 in S. der v. J.'schen Erben c. die A.'sche Abwesenheitskuratel von dem Obertribunal wiederholt ausgesprochen worden.

Vielleicht hätte die Praxis noch einen Schritt weiter

---

[42] Puchta, Vorles. (5. Aufl.) 1. Lief., Ziff. 1, S. 31 ff.

gehen und das ganze Verbot über Bord werfen dürfen, welches für unsere heutigen Verkehrsverhältnisse nicht mehr paßt, und bei der Verbindlichkeit des Cessionars, die Einreden, welche dem debitor cessus gegen den Cedenten zugestanden, auch gegen sich gelten zu lassen, und den begonnenen Prozeß in der Lage fortzuführen, in welcher er bei Abtretung der Klage war, nicht leicht mehr von Nutzen seyn wird. Allein jedenfalls ist die Beschränkung des Verbots auf den Fall einer Benachtheiligung des Beklagten als eine den rechtlichen Anschauungen und Bedürfnissen der Gegenwart gemachte Konzession willkommen zu heißen, und für die Regel wird dieselbe auch dem Rechtsbedürfnisse genügen, da die Fälle einestheils immerhin zu den seltenen zählen werden, wo die Cession einer litigiösen Forderung dem Beklagten zum Nachtheile geschieht,[43] anderntheils insoweit, als letzteres zutrifft, ein rechtliches Bedürfniß der Aufhebung des einmal bestehenden Cessionsverbots weniger vorliegt und wohl auch nicht als allgemein anerkannt sich wird behaupten lassen.

---

[43] Folgendes Beispiel, wo dieß der Fall war und die Cessionsbeschränkung sich demzufolge noch immer praktisch erwiesen, wurde mir von dem Herrn Mitherausgeber dieses Archivs mitgetheilt: v. M. hatte sich für 2100 fl. dem Handelsmann Baruch M. gegenüber verbürgt und später eine „Prolongation von 3000 fl." unterzeichnet, in der Meinung, dieses sey dieselbe Schuld. Baruch M. klagte nach 2 Jahren auf 2400 und 3000 fl., worauf unter Anderem excipirt wurde, daß nur Eine Bürgschaft von 2400 fl., wozu noch die Unterzeichnung eines Wechsels über 500 fl. gekommen, eingegangen worden sey. Baruch M. sistirte nun den Prozeß und ½ Jahr darauf trat ein Sohn desselben, Joseph M. als angeblicher Cessionar der 3000 fl. auf. Die Absicht war offenbar, beide Schulden zu trennen, wodurch die Vertheidigung wesentlich erschwert worden wäre, da sie eben auf der fortwährenden Vergleichung des ganzen Abrechnungsverhältnisses mit dem Hauptschuldner beruhte. Das Stadtgericht St. wies daher den Kläger auf Grund des Cessionsverbots ab.

2) Ueber die Frage der Erweiterung der Gerichtsbarkeit durch sog. objektive oder subjektive Klagenhäufung.

(Von Herrn Professor Dr. Geßler in Tübingen.)

Diese Frage ist für das bestehende württembergische Recht von Erheblichkeit, sofern die Gerichtsbarkeit der Gemeinderäthe in geringfügigen Streitsachen auf bestimmte Werthbeträge beschränkt ist; dieselbe gewinnt aber noch um so mehr an Bedeutung, wenn, verschiedenen Rechten der Gegenwart entsprechend, die Gerichtsbarkeit auch sonst noch nach Werthbeträgen des Streitgegenstandes abgegrenzt würde. Deßhalb wird es nicht unangemessen seyn, vom Standpunkt des gemeinen und württembergischen Rechts, sowie von legislativen Gesichtspunkten die Frage einer näheren Erörterung zu unterwerfen.

I. Gemeines Recht.

Die römische Gerichtsverfassung kannte gleichfalls Gerichte, deren Gerichtsbarkeit auf eine bestimmte Summe beschränkt war. Die Munizipalmagistrate hatten Gerichtsbarkeit in Civilsachen bloß bis zu einem bestimmten nicht genauer gekannten Werthbetrage, und da, wo keine Magistrate waren, hatte der defensor civitatis Civilgerichtsbarkeit in Sachen, ursprünglich bis zu 50 solidi, von Justinian an bis zu 300 solidi. Doch konnte deren Gerichtsbarkeit von den Parteien auch über diese Summe hinaus erstreckt werden. [1]

Ueber die Behandlung der Fälle der objektiven und subjektiven Klagenhäufung, sowie des Zusammentreffens von Vor- und Widerklage finden sich ausdrückliche Bestimmungen. [2]

---

[1] Paull. R. S. V. 5, §. 1; l. 74, §. 1. D. (5, 1); l. 28. D. (50, 1); cst. 1. 3. C. (1, 55); Nov. 15, c. 3, 4. Bethmann-Hollweg, Handbuch des Civilprozesses Bd. 1, S. 125, 128 ff.

[2] L. 11 pr. §. 1, 2, D. (2, 1.) Si idem cum eodem pluribus actionibus agat, quarum singularum quantitas intra jurisdictionem

Der Inhalt dieser ist richtiger Ansicht nach folgender:

1) Bei Theilungsklagen ist behufs der Bestimmung des Vorhandenseyns der Gerichtsbarkeit nicht der Werth des jedem Einzelnen zukommenden Antheils, sondern der Werth des zu theilenden Gegenstandes entscheidend.

2) Der Umstand, daß mehrere von einem Kläger vereinigt erhobene Klagen, von denen jede einzelne auf einen innerhalb der Gerichtsbarkeit des betreffenden Richters gelegenen Betrag gerichtet ist, bei einer Zusammenrechnung der Beträge diese Summe übersteigen, begründet keinen Ausschluß der Gerichtsbarkeit des betreffenden Richters.

3) Wird bei einem Richter mit hinsichtlich des Streitgegenstandes beschränkter Gerichtsbarkeit eine Klage erhoben, so erhält dieser Richter auch Gerichtsbarkeit über eine von dem Beklagten beabsichtigte, aus demselben Rechtsverhältnisse abgeleitete Gegenklage, selbst wenn diese auf einen sonst vor diesem Richter nicht verfolgbaren Betrag gerichtet wäre.

Der erste Grundsatz berührt uns hier nicht weiter. Der zweite und dritte Satz scheinen aber auf verschiedenen

---

judicantis sit, coacervatis vero omnium excedat modum jurisdictionis ejus, apud eum agi posse, Sabino, Cassio, Proculo placuit; quae sententia rescripto Imperatoris Antonini confirmata est. Sed et si mutuae sunt actiones et alter minorem quantitatem, alter majorem petat, apud eundem judicem agendum est ei, qui quantitatem minorem petit, ne in potestate calumniosa adversarii mei sit, an apud eundem litigare possim. Si una actio communis sit plurium personarum, veluti familiae herciscundae, communi dividundo, finium regundorum: utrum singulae partes spectandae sunt circa jurisdictionem ejus, qui cognoscit? quod Ofilio et Proculo placet: quia unusquisque de parte sua litigat; an potius tota res; quia et tota res in judicium venit et vel uni adjudicari potest? quod et Cassio et Pegaso placet: et sane eorum sententia probabilis est. Zu vergleichen auch l. 10, §. 1, D. (49, 1.)

Prinzipien zu beruhen. Während nach dem ersteren die für die einzelnen Klagen bestehende Gerichtsbarkeit durch die Vereinigung der Klagen nicht alterirt wird, soll die vereinigte Behandlung von Vor- und Widerklage eine Gerichtsbarkeit schaffen, welche vor der Vereinigung nicht stattgehabt hätte. Die Erklärung für das Letztere ist einfach darin gelegen, daß von Demjenigen, welcher einen ihm zukommenden geringeren Betrag bei dem Municipalmagistrate verfolgt, während er sich bewußt ist, daß sein Gegner einen weit höheren Betrag von ihm beansprucht, angenommen wird, daß er durch die Erhebung der Klage auch darein willige, daß der Gegenanspruch vor demselben Magistrate verfolgt werde. Hätte er dieses nicht gewollt, so würde er nur abzuwarten gehabt haben, bis sein Gegner ihn vor dem höheren Magistrate belangt. Wenn er nun nach der Erhebung der Klage den Einwand der mangelnden Gerichtsbarkeit für die Gegenklage geltend machen wollte, so würde ihm bei Berücksichtigung dieses Einwandes eine potestas calumniosa eingeräumt, denn er würde den Gegner unnöthigerweise in zwei Prozesse verwickeln, während bei einem Zuwarten von seiner Seite nur ein Rechtsstreit entstanden wäre. Ein freiwilliges Unterwerfen unter den Magistrat mit niedrigerer Gerichtsbarkeit ist ja nach dem Obigen überall gestattet.[3]

Mit den bisherigen Annahmen steht nicht im Widerspruche die l. 10, §. 1, D. de appell. Denn bei dieser ist eine Klage vorausgesetzt, welche nur auf mehrere Gegenstände geht (wie eine Mandatsklage, actio tutelae), während hier verschiedene Klagen vorliegen, welche nur in einem Verfahren verhandelt werden sollen.

Ehe die Untersuchung auf eine etwaige weitere Fortbildung dieser Grundsätze im gemeinen Rechte einzugehen

---

[3] Zu vergl. über die verschiedenen Ansichten hinsichtlich des Inhalts der l. 11, cit. Plank, die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozeßrecht S. 71 ff.

hat, wirft sich die Frage auf, ob eine sofortige Uebertragbarkeit derselben auf eine andere Gerichtsverfassung zulässig ist, oder mit anderen Worten, ob die Jurisdiction der Municipalmagistrate nicht noch eine weitere eigenthümliche, für die Behandlung ihrer Abgrenzung erhebliche Gestaltung hatte. Hiezu kann der Inhalt der l. 11 pr. cit. selbst Anlaß geben, sofern dieselbe nur ein agi posse, nicht die Nothwendigkeit, dort zu handeln ausspricht. Das Letztere findet jedoch seine Erklärung darin, daß der Praeses provinciae mit den Streitigkeiten von geeringerem Werthe nicht behelligt werden kann, daß er aber, falls er dieselben annehmen will, hiezu vollkommen berechtigt ist.[4] Außer dieser Eigenthümlichkeit sind keine Grundsätze bekannt, welche von besonderem Einflusse hiebei seyn könnten. Eine weitere Entwicklung, welche im gemeinen Rechte speciell auf diese Fragen der Gerichtsbarkeit sich beziehen würde, liegt nicht vor.[5] Von mittelbarem Einflusse, insbesondere für die Auslegung einer späteren Gesetzgebung, können übrigens seyn:

1) ein theilweise veränderter Gesichtspunkt, von welchem die objektive und subjektive Klagenhäufung in dem gemeinen Rechte gegenüber von dem Inhalte des römischen Rechts aufgefaßt worden ist;

2) die sich hinsichtlich der Berechnung der Appellationssumme ausbildenden Grundsätze.

Zu 1. Während im römischen Rechte die Vereinigung mehrerer Klagen regelmäßig nur insoweit stattfindet, als eben durch die für die Klagen bestehende Gerichtsbarkeit und Zuständigkeit eine vereinigte Behandlung ermöglicht ist, so daß sie nur eine sekundäre Folge ist, so weisen verschiedene Einrichtungen des gemeinen Prozesses darauf hin, daß die Vereinigung verschiedener Kla-

---

[4] Plank, a. a. O. S. 79 zu vergl. auch Nov. 15, c. 4.

[5] Zu vergl. Plank, a. a. O. S. 366. Bayer, Civilprozeß S. 120, 544.

gen principaliter anzustreben ist, daß eben deßhalb, um sie zu ermöglichen, wenigstens in der Richtung eine Modifikation der Gerichtsverfassung eintritt, daß Richter, welche erst in zweiter Instanz zu richten haben würden, unmittelbar in erster Instanz die Rechtsstreitigkeiten zu behandeln haben. Dieß ist gelegen in dem sog. forum ex identitate fundamenti personali et reali, sofern dem Kläger die Verfolgung von Ansprüchen gegen mehrere Personen oder mehrere Sachen in einem Verfahren gerade dadurch ermöglicht werden soll, daß, wenn nur die Personen verschiedenen niederen Gerichten, aber einem gemeinsamen höheren Gerichte unterworfen sind, oder mehrere Sachen in verschiedenen Untergerichtsbezirken, aber in einem gemeinsamen Obergerichtsbezirke liegen, der Kläger sofort sich an das Obergericht in erster Instanz zu wenden berechtigt ist.[6]

Zu 2. Auf die hinsichtlich der Berechnung der Appellationssumme bestehenden Kontroversen ist hiebei nicht einzugehen; von Erheblichkeit ist nur, daß, obgleich das römische Recht keine genügende Begründung hiefür gibt, in der gemeinrechtlichen Doktrin und Praxis sich die Ansicht gebildet hat, daß bei Klagenhäufungen, sey es unbedingt, oder doch in Fällen, in welchen den verschiedenen Ansprüchen eine Einheit des Rechtsverhältnisses zu Grunde liegt und hiemit ein gemeinsamer Streitpunkt gegeben ist, ein Zusammenrechnen der verschiedenen Beträge stattzufinden habe. Diese Annahme weist auf mehrere auch für die Frage der Gerichtsbarkeit überhaupt verwendbare Gesichtspunkte hin. Die Frage der Appellabilität enthält mittelbar auch eine Feststellung der Berechtigung beziehungsweise Verpflichtung eines Richters, sich der Entscheidung bestimmter Rechtssachen zu unterziehen: Dieselbe berücksichtigt das Interesse der Partei, auch die

[6] Zu vergl. hierüber Plank, a. a. O. S. 327 ff. Wetzell, Civilprozeß S. 320, N. 12—14.

Entscheidung eines höheren Richters zu erlangen; wird hiebei auf den Umstand Rücksicht genommen, daß die verschiedenen Ansprüche in einem Verfahren geltend gemacht werden dürfen, so zeigt sich auch hierin, abweichend von der Auffassung des römischen Rechts, daß die Zulässigkeit eines einheitlichen Verfahrens ein selbstständiges Prinzip bildet, welches zu Konsequenzen berechtigt, die bei getrennt verfolgten Ansprüchen nicht eintreten würden.

II. Württembergisches Recht.

Dasselbe kannte von jeher einige Berücksichtigung des Werths des Streitgegenstands für die Abgrenzung der Gerichtsbarkeit, sofern im fünfzehnten Jahrhundert die Stadt- und Dorfgerichte geringere Sachen unter weniger starker Besetzung der Gerichtsbank durch das s. g. Kleingericht oder selbst durch den Büttel erledigen ließen, worüber bereits die I. Landesordnung von 1495 eine feste Ordnung durch Bestimmung des Betrags einzuführen suchte. Auch das III. Landrecht unterscheidet zwar nicht mehr bei den Dorfgerichten, wohl aber bei den Stadtgerichten, volle Besetzung von einer geringeren, sofern eine Kommission, bestehend aus Stabsbeamten und vier Richtern, über Sachen bis zu 15, oder nach andern Stellen 20 Pfd. Heller (10 fl. 45 kr. beziehungsweise 14 fl. 30 kr.) erkennen sollte.[7] Nachdem die Civilgerichtsbarkeit den Dorfgerichten im Jahre 1811, so weit sie sich nicht auf Untergangssachen bezog, entzogen worden war, räumte bekanntlich das IV. Edikt vom 31. Dezember 1818 den Gemeinderäthen eine Gerichtsbarkeit in geringfügigen Streitsachen bis zu 30, beziehungsweise 20, und 15 fl. ein, sofern sie Räthe von Gemeinden I., II. oder III. Klasse sind.

---

[7] Zu vergl. Wächter, Württ. Privatrecht Bd. 1, S. 44 ff., S. 72, Note 8, S. 279, 651 ff.

Ein Ausspruch über die Grundsätze, welche bei Klagenhäufungen anzuwenden sind, findet sich in der Gesetzgebung nicht. Ist deßhalb diese Frage selbstständig zu lösen, so ergibt die bisherige Entwicklung, daß das gemeine Recht zwei verschiedene Auffassungen ermöglicht: die Annahme des römischen Rechts, oder eine der Ansicht der gemeinrechtlichen Doktrin über die Berechnung der Appellationssumme sich anschließende. Würden wir nach allgemeinen Grundsätzen im Zweifelsfalle die erstere, welche gerade den in Frage stehenden Gegenstand selbst regelt, vorzuziehen haben, so ist doch oben gezeigt, daß in der gemeinrechtlichen Doktrin selbstständige, vom römischen Rechte abweichende, Prinzipien hinsichtlich der Auffassung der Klagenhäufung enthalten sind, an welche sich anzuschließen, durch die sonstigen Bestimmungen der Gesetzgebung des einzelnen Staats nahe gelegt seyn kann. Von Bedeutung vermag hiebei das Besondere zu seyn, daß die Gerichtsbarkeit der Gemeinderäthe als eine mehr exceptionelle aufgefaßt wird, bei welcher deßhalb eher eine Beschränkung als im Sinne des Gesetzgebers gelegen anzunehmen ist. Auf eine solche Auffassung weisen die Bestimmungen des IV. Edikts, §. 4, Nro. 4, §. 13, Z. II, §. 15, Z. 2 a hin, wornach die Gerichtsbarkeit der Gemeinderäthe nicht begründet ist, wenn der Streitgegenstand das ganze Vermögen einer Partei ausmacht, sodann eine Partei die dem Betrage nach vor den Gemeinderath gehörige Streitsache an das Oberamtsgericht zu bringen vermag, wenn die Entscheidung vorzüglich auf einer schwierigen Rechtsfrage beruht, endlich bei wesentlichen Mängeln hinsichtlich der Person der Parteien oder in dem Verfahren die Streitsache nach Aufhebung des gemeinderäthlichen Verfahrens stets bei den Oberamtsgerichten zu behalten ist. Hiernach wird die Anwendung der Analogie der Grundsätze, welche bei Berechnung der Appellationssumme gelten, mehr begründet seyn und somit, wenn die verschiedenen Rechtsstreitigkeiten einen gemeinsamen Streitpunkt

haben[8] und die hievon abhängigen Ansprüche einen vor die Gemeinderäthe sich eignenden Betrag übersteigen, die Gerichtsbarkeit der letzteren ausgeschlossen seyn.

Dagegen ist es nicht gerechtfertigt, in allen Fällen der Klagenhäufung den gleichen Grundsatz anzunehmen, sofern hiefür keine Stütze in dem sonst bestehenden Rechte vorhanden ist und das römische Recht, wie die allgemeine Auffassung im gemeinen Rechte für die Erhaltung der hinsichtlich der einzelnen Klagen bestehenden Gerichtsbarkeit sind.

Für den Fall einer Widerklage, welche den vor die Gemeinderäthe sich eignenden Betrag übersteigt, wird nur bei ausdrücklicher oder stillschweigender Einwilligung der Parteien zur Verhandlung der Widerklage vor dem Gemeinderath die Gerichtsbarkeit desselben als zutreffend zu betrachten seyn, womit auch die Auffassung von Berner-Schäfer übereinstimmt.[9]

III. Legislativer Standpunkt.

Neuere Gesetzgebungen gehen regelmäßig weiter, sofern sie bei jeder Klagenhäufung ein Zusammenrechnen

---

[8] In dieser Weise wird sich die hinsichtlich der Berechnung der Appellationssumme bestehende Praxis bezeichnen lassen. Zu vergl. Berner-Schäfer, Civilprozeß S. 545 ff. Gemeinsam ist der Streitpunkt nicht bloß dann, wenn dasselbe Rechtsverhältniß zu Grunde liegt, sondern auch dann, wenn bei den verschiedenen Ansprüchen nur derselbe Thatumstand von Erheblichkeit ist.

[9] Civilprozeß S. 159 gegen Scheurlen Civilprozeß S. 266, zu vergl. auch Sarwey, Monatschrift Bd. 1, S. 509. Hier nur anzudeuten ist die weitere Frage, ob die Entscheidung über eine zur Kompensation benützte Gegenforderung von höherem Betrage, welche zunächst nur für einen dem gemeinderäthlichen Ressort unterliegenden Betrag geltend gemacht wird, auch hinsichtlich des höheren Betrags in Rechtskraft übergeht. Zu vergl. hierüber Leonhardt, hannover'sche Justizgesetzgebung Bd. 2, S. 13, 14. Sarwey, Monatschrift Bd. 19, S. 245, 249 ff., Bd. 20, S. 323 ff. Dieses Archiv Bd. 4, S. 247, 260.

der durch die einzelnen Klagen verfolgten Ansprüche und hiedurch den Uebergang des Rechtsstreits an das höhere Gericht vorschreiben.[10] Die Hannover'sche Prozeßordnung berücksichtigt namentlich auch den Umstand, daß im Wege der Einrede Forderungen in einem, den Ressort des Gerichts überschreitendem Betrage geltend gemacht werden, sofern hier die ganze Sache auf Antrag der einen oder andern Partei an das Gericht, in dessen Ressort Streitwerthe von diesem Betrage gehören, übergeht. Hiebei unterliegt der Bescheid, wodurch ein Richter den Mangel seiner Gerichtsbarkeit ausspricht und die Sache vor ein anderes Gericht verweist, keiner Anfechtung durch Rechtsmittel und ist für das Gericht, vor welches dieselbe verwiesen wird, verbindend.

Legislativ ist auch der Grundsatz, daß die verschiedenen Beträge bei Klagenhäufung stets hinsichtlich der Frage über die Gerichtsbarkeit zusammenzurechnen sind, der richtigere. Ist einmal für die verschiedenen Ansprüche ein Verfahren gestattet, und liegt einer Abgrenzung der

[10] Preußische Verordnung vom 21. Juli 1846, §. 32. (Heffter, preußischer Civilprozeß S. 92 ff.) Hannover'sche Civilprozeßordnung §. 2—4. Braunschweig'sche Civilprozeßordnung §. 21. Gesetz vom 25. Mai 1838 für Frankreich Art. 7—9. (Boitard, leçons de procedure civile I. S. 606.) Wenn die Motive zur hannover'schen Prozeßordnung (bei Leonhardt, Justizgesetzgebung II. S. 13) ein Stillschweigen der Gesetzgebung Frankreichs über diese Frage annehmen, so ist hiebei der Inhalt des bezeichneten Gesetzes nicht beachtet. Einer dem römischen Rechte sich anschließenden Auffassung folgt der Entwurf einer Civilprozeßordnung für Bayern von 1861, Art. 154, Abs. 3, sofern der Einzelnrichter auch über mehrere von dem Kläger gehäufte Klagen, welche zusammen einen seine Gerichtsbarkeit überschreitenden Betrag ausmachen, zu erkennen befugt ist (zu vergl. noch Art. 50). Auch gibt der Entwurf dem Einzelnrichter die Ermächtigung zur Aburtheilung einer einen höheren Betrag erreichenden Widerklage, wenn Vor- und Widerklage aus demselben Rechtsverhältnisse entspringen oder die Gegenansprüche zugleich als Einreden gegen die Vorklage geltend gemacht werden (Art. 17).

Gerichtsbarkeit nach dem Werthe des Streitgegenstands[11] regelmäßig die Auffassung zu Grunde, daß für die höheren Beträge eine tüchtigere Besetzung des Gerichts gewährt werden soll, so hat wenigstens bei der objektiven Klagenhäufung für die Betheiligten der eine Prozeß, in welchem verschiedene Ansprüche mit dem höheren Werthbetrage verfolgt werden, gerade dieses besser geschützte Interesse und ist das Angehen des entsprechenden Gerichts deßhalb zu gestatten.

Der Kläger hat es zwar in der Hand, durch die Vereinigung der verschiedenen Ansprüche seinem Begehren erst dieses höhere Interesse zu geben, allein, nachdem die Vereinigung für ihn ein Recht ist, dessen Geltendmachung sogar im öffentlichen Interesse gelegen seyn kann, so vermag dieser Umstand nicht in Betracht zu kommen.

Bei der subjektiven Klagenhäufung verfolgt jeder Einzelne ein geringeres Interesse, allein das eine Verfahren soll doch eine Entscheidung über einen sonst nur dem höheren Gerichte zustehenden Betrag herbeiführen und ist mit Rücksicht hierauf die Annahme der Gerichtsbarkeit des Richters für diesen höheren Betrag gerechtfertigt.[12]

---

[11] Zu vergl. auch l. 21, D. (44, 1), l. 4, D. (4,1) über den Einfluß des Werths des Streitgegenstands, um eine Rechtssache für eine wichtigere anzunehmen.

[12] Für eine mit gegenwärtiger Frage nur in sehr entferntem Zusammenhange stehende, ob das Gericht des Prozeßorts auch unumschränkte Gerichtsbarkeit habe, über die Verpflichtung zur Zeugnißablegung zu erkennen, oder ob die letztere von dem Gerichte, vor welchem der Zeuge seinen ordentlichen Gerichtsstand habe, festzustellen sey (zu vergl. Seuffert, Archiv Bd. 14, S. 408, dieses Archiv Bd. 5, S. 458), bietet wohl l. 13—15, C. 4, 20 eine Analogie dar, sofern hiernach der Richter gegen Zeugen, welche im Prozesse sich einer Lüge schuldig machen, eine Befugniß zur Verurtheilung in Strafe und Schadensersatz hat, welche durch die Berufung auf einen befreiten Gerichtsstand regelmäßig nicht ausgeschlossen wird. Bestehen auch Zweifel darüber, ob diese Strafgewalt sich auf die Aburtheilung des Verbrechens des Falsum selbst bezog und ob sie

3) Die Präclusion bekannter Gläubiger im Konkurse; ein Beitrag zur Auslegung des §. 32 der Justiznovelle vom 15. September 1822.

(Von Herrn Oberjustizrath Boscher in Eßlingen.)

Nach §. 166 und 179 des IV. Edikts vom 31. Dez. 1818 sind zu der Liquidationsverhandlung im Gantverfahren die bekannten Gläubiger speziell, die unbekannten ediktaliter vorzuladen, und zwar hat diese Ladung nach §. 180 des IV. Edikts unter dem Präjudiz des Ausschlusses von der Masse zu erfolgen. Hinsichtlich dieses Präjudizes enthält der §. 32 der Justiznovelle vom 15. Sept. 1822 folgende nähere Bestimmung: „unbekannte Gläubiger [1] werden mit ihren Ansprüchen an die Masse gänzlich ausgeschlossen. Ebenso bleiben die Forderungen bekannter Gläubiger unbeachtet, wenn ihre Ansprüche nicht schon aus den Gerichtsakten ersichtlich sind. Tritt dagegen der letztere Fall ein, so sind die Ansprüche zwar zu berücksichtigen, und es finden auch bei solchen nicht erschienenen bekannten Gläubigern die in den §§. 171 und 179 des Edikts aufgestellten Regeln für das Beweisverfahren ihre Anwendung; [2] es hat jedoch der saumselige Gläubiger den der Gantmasse durch sein Ausbleiben etwa verursach-

---

jedenfalls in dieser Weise noch gemeinrechtlich bestehen würde (zu vergl. Plank, a. a. O. S. 317, N. 23, 24), so ist doch hierin das Anerkenntniß ausgedrückt, daß der Zusammenhang, in welchem eine Zeugenvernehmung mit einem einzelnen Rechtsstreite stehe, zur Beseitigung der sonst bestehenden Schranken der Gerichtsbarkeit und so wohl auch der Zuständigkeit berechtigen könne.

[1] D. h. solche, welche bei der Liquidationsverhandlung nicht erschienen sind, oder nicht vor oder bei derselben schriftlich recessirt haben; vergl. §. 30 der Justiznovelle.

[2] Die Regeln für das Beweisverfahren sind dieselben, wie für das ordentliche Civilverfahren nur mit möglichster Abkürzung und Vereinfachung. Offenbar wollte aber der Gesetzgeber hier nicht sowohl bestimmen, wie, sondern daß ein Beweisverfahren im einzelnen Falle einzuleiten sey. Vergl. Sarwey, Monatschr. Bd. 1, S. 215.

ten Schaden zu vergüten; auch ist er bei Borg- und Nachlaßvergleichen als der Mehrheit der Gläubiger seiner Kategorie beitretend anzunehmen." Diese Bestimmung gehört, wie sich aus der nachfolgenden Darstellung ergeben wird, zu den zweifelhaftesten und bestrittensten unserer Gesetze und es leuchtet von selbst ein, daß es im einzelnen Falle von der höchsten Bedeutung seyn kann, ob ein Gläubiger von Amtswegen zu berücksichtigen, oder von der Masse auszuschließen sey, und daß daher durch eine verkehrte Anwendung jener Gesetzesbestimmung sehr großes materielles Unrecht zugefügt werden kann.[3] Früher war die Frage in den meisten Fällen aus dem Grunde nicht praktisch, weil sich die Aktivmasse in der Regel in der dritten oder gar schon in der zweiten Klasse erschöpfte. Seitdem aber die Zahl der Gantprozesse sich sehr wesentlich vermindert hat, und, was aus der gleichen Ursache herrührt, seitdem meistens größere Aktivmassen erscheinen, welche auch den Gläubigern der IV. oder V. Klasse noch Hoffnung auf theilweise Befriedigung gewähren, gewinnt der oben angeführte §. 32 wieder eine größere praktische Bedeutung.

Mit der Auslegung dieser Gesetzesstelle haben sich zwar früher schon Scheurlen[4] und Sarwey,[5] von deren Arbeiten in diesem Aufsatze noch näher gesprochen werden wird, und in neuerer Zeit auch Fecht[6] beschäftigt, und die Frage: welche Gläubiger von Amtswegen zu berücksichtigen seyen, ist insbesondere von Sarwey in einer ebenso scharfsinnigen als gründlichen und praktischen Weise behandelt worden. Indessen wird man sich doch nicht mit allen von ihm aufgestellten Sätzen einverstanden erklären können, und es dürfte daher mit den seitherigen

[3] Eine hieher bezügliche Entscheidung wird mitgetheilt von Kübel in diesem Archiv Bd. 4, S. 201.

[4] In Hofacker's Jahrbüchern Bd. 3, S. 224 ff.

[5] In seiner Monatschrift Bd. 1, S. 201 ff.

[6] Konkursverfahren S. 131 ff.

Erörterungen der Streit, welcher sich über den Sinn und die Bedeutung des §. 32 erhoben hat, noch nicht als abgeschlossen betrachtet und ein weiterer Beitrag zur Erläuterung der zweifelhaften Frage nicht unwillkommen seyn. Der gegenwärtige Aufsatz sucht nun einen doppelten Zweck zu erreichen: einmal das für eine künftige Gesetzgebung erforderliche Material zusammenzustellen, und sodann zur Beleuchtung dieser Materie und womöglich zu einer gleichförmigen Anwendung des erwähnten Gesetzes beizutragen. Jedenfalls dürfte den Untergerichten ein Leitfaden in vorkommenden Fällen nicht unerwünscht seyn.

§. 1.

Dem Einsender ist es zwar nicht gelungen, Entscheidungen, in welchen sich die Ansichten der Gerichte scharf ausgeprägt hätten, aufzufinden. Wohl aber kam die Frage von der Auslegung des §. 32 der Justiznovelle bei verschiedenen Gerichtsvisitationen wiederholt zur Erörterung, weil sich bei solchen Anlässen die Verschiedenartigkeit in der Auffassung und Anwendung jenes Gesetzes besonders deutlich zeigte.

So wurde bei der Visitation des Oberamtsgerichts K. im Jaxtkreis im Jahr 1832 von dem damaligen Visitator bemerkt: im §. 32 werden *bekannte* Gläubiger vorausgesetzt; deren Ansprüche werden dem Oberamtsgerichte meistens aus den Gerichtsakten, namentlich aus der Vermögensuntersuchung bekannt; es können daher, da auch bekannte Gläubiger ausgeschlossen werden dürfen, hier nicht alle Akten des Oberamtsgerichts gemeint seyn, wenn etwa in denselben die Schuld angezeigt sey, wie denn insbesondere die Vermögensuntersuchung, da in dieser die Schulden häufig nur nach den Angaben des Schuldners aufgenommen werden, nicht zu diesen Gerichtsakten zu zählen seyn werde, weil es sonst keine *bekannte* Gläubiger, die nicht berücksichtigt werden sollen, geben würde. Vielmehr scheinen nur solche Akten des Oberamtsgerichts, in wel-

chen sich die Liquidität der Forderung schon nachgewiesen finde, wie richterliche Erkenntnisse, Unterpfandsbücher, welche das Oberamtsgericht alsbald einzusehen vermöge und einsehen solle, verstanden zu seyn. Schließlich wurde, da dieses immer zweifelhaft bleibe, gegen das K. Justizministerium der Wunsch ausgesprochen, daß hier eine authentische Auslegung gegeben werden möchte.

In demselben Jahre 1832 wurden auch zwei Oberamtsgerichte des Donaukreises visitirt. Bei dem einen hatte der Visitator auszustellen, daß alle bekannten Gläubiger ohne Unterschied, ob sie geklagt haben, ob also schon gewiß ist, daß sie Ansprüche machen oder nicht, ohne alles Präjudiz vorgeladen werden. Dieß geschieht, ist in dem Visitationsberichte gesagt, in Folge unrichtiger Auslegung des §. 32 der Justiznovelle. Gemeindepfleger oder andere Pfleger oder Curatoren werden dagegen unter Strafandrohung zur Liquidationshandlung vorgeladen, was in dem Falle, wenn die Forderungen (Ansprüche) ihrer Verwaltungen nicht schon aus den Gerichtsakten ersichtlich sind, d. h. wenn nicht schon aus diesen Akten hervorgeht, daß diese Verwaltungen wirklich Ansprüche machen (im Gegensatz von: zu machen haben), darum nicht angeht, weil es sich hier nicht von einer bloßen contumacia im Prozeß, sondern von der Geltendmachung eines Anspruchs in Folge einer eigentlichen Provokation handelt, und in dem Falle, wenn die Ansprüche geltend gemacht worden sind, eine Strafandrohung ebenso wenig Anwendung findet, da diese Ansprüche nur so, wie sie bereits geltend gemacht worden, als bekannt im Sinne der Novelle zu betrachten sind. Es können somit Gläubiger zwar im gemeinrechtlichen Sinne, übereinstimmend mit dem Sprachgebrauche, bekannt seyn, wie z. B. wenn sie im Schuldverzeichniß des Gemeinschuldners, in der Vermögensuntersuchung von letzterem angegeben sind; diese sind zwar speziell als bekannte Gläubiger, jedoch unter der Androhung des Ausschlusses zu laden,

wogegen diejenigen Gläubiger, welche ihre Forderungen bereits gerichtlich oder außergerichtlich angemeldet haben, also bei dem Oberamtsgerichte oder der Ortsobrigkeit aktenmäßig als solche bekannt sind, die ihre Forderungen (Ansprüche) geltend machen, unter der Drohung zu laden sind, daß im Falle ihres Ausbleibens ihre Ansprüche nur soweit berücksichtigt werden würden, als sie schon aktenmäßig bekannt seyen. — Das zweite der visitirten Bezirksgerichte hatte die gleiche Ansicht, wie das erste, und auch hier machte der Visitator geltend, jene Auslegung des §. 32 der Novelle sey unrichtig, weil dadurch den sich nicht meldenden Gläubigern, welche vielleicht nicht mehr daran gedacht haben, etwas fordern zu wollen, zum Nachtheil anderer Gläubiger oder des Gantmanns die Zahlung aufgedrungen werde. Die Bestimmung der Novelle sey vielmehr nur auf die aus dem Hypothekenbuche und aus gerichtlichen oder außergerichtlichen Klagen bekannten Gläubiger anwendbar, und die übrigen nur aus der Vermögensuntersuchung bekannten seyen zwar ebenfalls speziell, jedoch unter dem Präjudiz des Ausschlusses zur Liquidation vorzuladen. — Da indeß der Gerichtshof diese Ansicht des Visitators nicht für unbedenklich hielt, so hatten diese beiden Visitationen keine Verfügung an die Oberamtsgerichte zur Folge.

Dagegen berichtete der von dem K. Justizministerium zum Gutachten über diese Frage aufgeforderte Civilsenat des K. Obertribunals am 24. Dezember 1833 im Wesentlichen Folgendes: Er sey damit einverstanden, daß als bekannte, speziell vorzuladende Gläubiger die von Scheurlen[7] aufgeführten (vergl. unten §. 7, Ziff. 1) anzusehen seyen. Den Begriff der bekannten Gläubiger im Sinne der Novelle weiter auszudehnen, dazu könne es um so weniger einen Grund geben, als dieselbe einen für die Universalität des Konkursverfahrens und die Sicherheit desselben

[7] In Hofacker's Jahrbüchern Bd. 3, S. 232.

gefährlichen Grundsatz aufgestellt habe, und in den Vorverhandlungen der Ausdruck „Gerichtsbücher" gebraucht sey, wonach es scheine, daß man vorzüglich die in den Unterpfandsbüchern eingetragenen Gläubiger im Auge gehabt habe. Die Bedeutung, welche Scheurlen dem Wort „Ansprüche" im Gegensatz zu dem Worte „Forderungen" gebe (vergl. unten §. 7, Ziff. 3), entspreche dem Sinne der Novelle nicht. Auch die Ansicht, als ob die Ansprüche der in die Vermögensuntersuchung aufgenommenen Gläubiger nicht zu berücksichtigen seyen, wenn sie nicht liquidirt haben, sey nicht richtig. Gläubiger, deren Ansprüche nicht aus den Gerichtsakten erhellen, können einzelnen Gerichtsmitgliedern oder andern Gläubigern oder dem Kridar oder dem Güterpfleger bekannt seyn. Alle solche Gläubiger müssen sich gefallen lassen, daß gegen sie die Ediktalcitation mit ihren Folgen angewendet werde. Ebenso lasse sich nach dem Gesetze rechtfertigen, daß die nach den Gerichtsakten bekannten und daher speziell vorzuladenden Gläubiger wegen der unterlassenen Liquidation ausgeschlossen werden, wenn die Akten auch nach etwaiger Vernehmung des Gemeinschuldners und des Contradiktors oder Massekurators über die Ansprüche jener Gläubiger so wenig Aufklärung gewähren, daß solche nicht einmal Gegenstand des nach §. 171 und 179 des Edikts anzuordnenden Beweisverfahrens werden können.

In Folge der Weisung des K. Justizministeriums wurde nun erhoben, wie die Bezirksgerichte des Donaukreises den §. 32 auslegen. Aus den eingekommenen Berichten ergab sich, daß die Mehrzahl der Oberamtsgerichte alle und jede auf irgend eine Weise aus den Akten bekannten Gläubiger unter der Drohung vorladen, daß im Falle ihres Ausbleibens ihre Ansprüche nur insoweit berücksichtigt würden, als solche aus den Gerichtsakten ersichtlich seyen, daß ferner bei einigen Bezirksgerichten dieses Präjudiz gegen die bekannten Gläubiger gleichwohl nicht sofort vollzogen, sondern denselben zur Legitimationsberichtigung

und zum Beweise ihrer Forderungen erforderlichen Falls ein weiterer Termin unter dem Präjudiz des Ausschlusses von der Masse anberaumt werde, was jedenfalls den gesetzlichen Bestimmungen über das Contumacialverfahren im Konkurs nicht angemessen ist, daß sodann andere Oberamtsgerichte nach der Ansicht von Scheurlen nur diejenigen bekannten Gläubiger unter dem im §. 32 angeordneten Präjudiz vorladen, welche ihre Forderungen bereits aktenmäßig geltend gemacht haben, von welchen also das Gericht weiß, daß sie auch wirklich Anspruch auf Befriedigung machen; daß endlich einzelne Gerichte den fehlerhaften Gebrauch haben, diejenigen bekannten Gläubiger, welche nicht erscheinen, deren Forderungen aber schon nach den Akten sich als bevorzugt darstellen, erst noch besonders aufzufordern, daß sie ihre Vorzugsrechte beweisen, während doch eine solche Aufforderung zum Beweis nur dann als motivirt erachtet werden kann, wenn die Vorzugsrechts-Ansprüche jener Gläubiger bestritten werden.

Aber auch im Gerichtshof selbst waren die Ansichten getheilt, indem die Mehrheit annahm, es seyen in Beziehung auf alle Forderungen, welche auf irgend eine Weise in den Gerichtsakten angezeigt seyen, also in Beziehung auf die blos vom Gemeinschuldner in der Vermögensuntersuchung angegebenen, die Gläubiger nur unter dem im §. 32 bestimmten besonderen Präjudiz vorzuladen, während die Minderheit sich mit der Scheuerlen'schen Interpretation einverstanden erklärte. Hierauf sprach sich das K. Justizministerium in einem Erlasse an den Civilsenat des K. Obertribunals vom 6. März 1834 dahin aus, daß es die von diesem aufgestellten Ansichten ganz dem Inhalt und Geiste der neuen Prozeßgesetzgebung gemäß gefunden habe, und forderte im Hinblick auf die bei den Gerichten herrschende Verschiedenheit der Ansichten den Senat auf, die in seinem Berichte ausgeführte Ansicht in einem Gemeinbescheide zu veröffent-

lichen. Allein das Obertribunal lehnte dieses Ansinnen mittelst Berichts vom 15. März 1834 ab, weil dasselbe eine im Voraus für alle Fälle zu gebende doktrinelle Interpretation des Gesetzes für mißlich erachte, auch für das Obertribunal kein Anlaß hiezu vorliege, indem bis dahin kein durch den §. 32 veranlaßter Rechtsstreit an dasselbe gelangt seye.

Auch der Gerichtshof zu Ulm, welchem das K. Justizministerium sofort anheim gab, seine Ansicht, etwa nach vorgängiger Kommunikation mit den übrigen Gerichtshöfen, bekannt zu machen, fand sich nicht in der Lage hierauf einzugehen, bemerkte aber in seinem Berichte vom 5. April 1834, daß er es für wünschenswerth hielte, wenn die Einleitung zu einer authentischen Interpretation und genaueren Fassung des §. 32 in Beziehung auf das bei Vorladung unbekannter Gläubiger anzudrohende Präjudiz, insbesondere rücksichtlich des Begriffs der bekannten Gläubiger getroffen würde.

Hierauf erfolgte jedoch nichts weiter, und die Sache blieb liegen, bis sie im Jahre 1855 abermals aus Veranlassung der Visitation eines Oberamtsgerichts im Donau-Kreise wieder zur Sprache kam. Dieses Bezirksgericht ladet nämlich zwar alle ihm auf irgend eine Weise bekannt gewordenen Gläubiger zur Schuldenliquidation vor, schließt aber mit Ausnahme der Pfandgläubiger diejenigen aus, welche ihre Forderungen bei der Liquidationsverhandlung nicht mündlich oder schriftlich angemeldet haben, also auch alle diejenigen, welche in die Vermögensuntersuchung aufgenommen worden und die in dem Schuldklageprotokoll eingetragen sind. Zur Rechtfertigung dieses Verfahrens wurde von dem betreffenden Oberamtsgericht, unter Berufung auf die bei einem Oberamtsgericht des Schwarzwaldkreises herrschende gleiche Praxis, geltend gemacht: der §. 32 der Novelle sey so auszulegen, daß zwischen Forderung und Anspruch unterschieden werden müsse, und daß jene Bestimmung für den Fall gegeben sey, wenn

nicht aus den Akten ersehen werden könne, daß der Gläubiger überhaupt einen Anspruch an die Gantmasse erhebe, indem sich sonst nicht erklären ließe, welche Forderungen bekannter Gläubiger unbeachtet bleiben sollen. Wenn daher ein, meistens bloß auf die Angaben des Kridars hin in die Vermögensuntersuchung gekommener Gläubiger trotz der speziellen Vorladung kein Lebenszeichen von sich gebe, so müsse angenommen werden, daß er keinen Anspruch an die Gantmasse erheben wolle, wie es denn auch schon vorgekommen sey, daß solche Gläubiger nicht einmal den Verweisungsauszug angenommen und sich geweigert haben, die Insinuationsgebühr zu bezahlen. Aber auch auf das Schuldklageprotokoll könne kein Gewicht gelegt werden, weil zweifelhaft erscheine, ob dasselbe unter den Gerichtsakten im Sinne des §. 32 der Justiz-Novelle begriffen sey, auch sich keine Grenze finden ließe, bis zu welcher in dem Schuldklageprotokoll zurückgegangen werden müßte. Die eigenen Angaben des Gemeinschuldners bei der Vermögensuntersuchung können aber offenbar nur zur Vorladung der Gläubiger benützt, ein weiterer Werth aber könne denselben, wenn der Gläubiger schweige, nicht beigelegt werden. Der Visitator war jedoch nicht dieser Ansicht, sondern ging davon aus, daß das Schuldklageprotokoll als eine öffentliche, für gerichtliche Angelegenheiten bestimmte Urkunde und ebenso die Vermögensuntersuchung als ein wesentlicher Theil der Gantakten zu den Gerichtsakten im Sinne der Justiznovelle gehöre. Erhebe sich das Bedenken, daß eine oder die andere der in jene Urkunden aufgenommenen Forderungen entweder gar nie bestanden habe oder seither getilgt worden seyn möchte, so sey es Sache der Kreditorschaft, dieß geltend zu machen; aber ausgeschlossen können solche Gläubiger nicht mehr werden, die einmal aus der Vermögensuntersuchung oder aus dem Schuldklageprotokoll dem Gerichte bekannt und von letzterem zur Liquidation speziell vorgeladen worden seyen. Nun setzte sich der Gerichtshof in

Ulm, um wo möglich in Uebereinstimmung mit andern coordinirten Gerichtsbehörden bei einer allenfallsigen Bekanntmachung an die Bezirksgerichte zu bleiben, auch mit den andern Gerichtshöfen in's Benehmen.

Die Gerichtshöfe in Eßlingen und Tübingen erklärten aber, es seyen dort noch nie Fälle vorgekommen, in welchen die Frage praktisch geworden wäre, und es erscheine daher bei der Verschiedenheit der Ansichten und den vielen Bedenken, die sich in Betreff der Auslegung des §. 32 erhoben haben, nicht angemessen, sich im Voraus für eine bestimmte Auslegung des §. 32 auszusprechen, zumal auch die Nichtübereinstimmung des verkündeten Gesetzes mit dem Landtagsabschied hinsichtlich des Ausdrucks „Gerichtsakten" mehrfachen Zweifeln Raum gebe.

Dagegen bemerkte der Gerichtshof in Ellwangen in seiner Note vom 1. April 1856, daß in den früher dort anhängig gewesenen Debitsachen diejenigen Forderungen, welche einzig und allein auf den Grund der keineswegs vollen Glauben verdienenden Angaben des Gemeinschuldners in die Vermögensuntersuchung aufgenommen worden, nur als bekannte, und nicht als aus den Gerichtsakten bekannte Gläubiger behandelt worden seyen, eine Praxis, die auch bei den Bezirksgerichten des Jaxtkreises bestehe. Diese Ansicht rechtfertige sich, abgesehen von andern Gründen, schon dadurch, daß, wenn man jene Forderungen zu den aus den Gerichtsakten bekannten rechnen würde, der im Gesetz gemachte Unterschied zwischen bekannten und aus den Gerichtsakten bekannten Gläubigern kaum mehr eine praktische Bedeutung hätte. Solche Forderungen, welche in einem frühern Gante durchgefallen, seyen bei einem neuen Gante von den Gerichten des Landes stets von Amtswegen berücksichtigt und zu den aus den Gerichtsakten bekannten Forderungen gerechnet worden.

Gegen eine für die Bezirksgerichte bestimmte doktrinelle Auslegung des in Frage stehenden Gesetzes erklär-

ten sich aber sämmtliche Gerichtshöfe unter Bezugnahme auf die von dem K. Obertribunal in seinem Berichte vom 15. März 1834 angeführten Gründe, und so geschah denn auch im Donaukreis nichts weiter.[8]

§. 2.

Bei der Auslegung des §. 32 der Novelle muß man sich die Frage stellen: welche Gläubiger, die nicht liquidirt haben, aber aus den Gerichtsakten bekannt sind, werden von dem

---

[8] Durch den Umstand, daß kein praktisches Bedürfniß vorliege, d. h. daß selten Fälle vorkommen, in welchen es sich um die Auslegung des §. 32 cit. handelt, scheint denn doch das Ruhenlassen der Sache nicht genügend gerechtfertigt zu seyn. Soviel ist gewiß und geht aus der obigen Darstellung zur Genüge hervor, daß bei den Gerichten, insbesondere den Bezirksgerichten, die größte Verschiedenheit in der Auffassung und Anwendung jener Gesetzesstelle besteht; schon hiedurch ist das Bedürfniß begründet, allgemeine leitende Grundsätze zu erhalten, und es kann nicht darauf ankommen, ob die höheren Gerichtsbehörden viel oder wenig in die Lage gerathen, sich hierüber aussprechen zu müssen. Weiß man doch, wie schwer die Gläubiger sich entschließen, in Gantsachen sich an den Gerichtshof und gar vollends an das Obertribunal im Beschwerdeweg zu wenden. Daraus also, daß dieß selten geschieht, folgt nicht, daß den betreffenden Gläubigern nicht schon häufig Unrecht geschehen sey oder noch geschehe. Und abgesehen von allem Andern läge es schon im Interesse des Ansehens der Gerichte und der Rechtsverwaltung, daß nicht die eine Stelle von diesen, die andere von andern Grundsätzen ausgehe, daß man nicht wegen der gleichen Forderung bei dem Oberamtsgericht R. von Amtswegen berücksichtigt, bei dem Oberamtsgerichte Z. ausgeschlossen werde. Gleichwohl aber dürfte eine doktrinelle Interpretation des §. 32 von Seite eines höhern Gerichts bedenklich erscheinen, weil es sehr mißlich für ein solches Gericht ist, sich auf eine allgemeine Auslegung eines Gesetzes einzulassen, das in der Anwendung auf den konkreten Fall so ungemein vielen Zweifeln Raum gibt, und eine Belehrung zu ertheilen, die sicherlich ihren Zweck nicht, wenigstens nicht vollständig erreichen würde. Es gibt nur einen, aber eben darum auch dringend gebotenen Weg, sich von jener fatalen Bestimmung zu befreien, das ist der Weg der Gesetzgebung, und bis dieser betreten wird, ist es Sache der Doktrin, durch überzeugende wissenschaftliche Gründe auf möglichste Gleichförmigkeit in der Auslegung des Gesetzes hinzuwirken.

Präklusiverkenntniß nicht betroffen? Selbstverständlich sind hier solche Gläubiger gemeint, auf welche sich die Präklusion bezöge, wenn sie nicht aus den Gerichtsakten ersichtlich wären; es ist also hier davon, ob Vindikanten &c. &c. unter den Präklusivbescheid fallen, keine Rede. Die Beantwortung jener Frage erfordert aber nicht bloß eine Untersuchung der Entstehungsgeschichte der neuesten Gesetzesbestimmungen und eine Vergleichung mit dem Ediktrechte, sondern auch einen Rückblick auf die Bestimmungen des frühern gemeinen Deutschen und Württembergischen Prozeßrechts.

§. 3.

Nach dem gemeinen deutschen Prozeßrecht waren 1) die Gläubiger ediktaliter auf den Liquidationstermin unter Bedrohung mit der Ausschließung von der Konkursmasse vorzuladen. Ob die bekannten Gläubiger spezialiter zu laden seyen, war bestritten. Gönner[9] nennt die Behauptung sonderbar, daß die zu den Akten bekannten Gläubiger besonders vorgeladen werden müssen, indem er die Frage aufwirft: wer denn ein bekannter Gläubiger sey? ob der Richter alle seine Gerichtsakten durchgehen solle, um zu sehen, ob nicht etwa vor 10 oder 20 Jahren irgend Jemand eine Forderung an den Schuldner gemacht habe. Das gemeine Recht unterstütze diese Behauptung nicht. Allein die bei Weitem größte Zahl der Schriftsteller hält eine Spezialladung der bekannten Gläubiger für erforderlich,[10] indem sie ihre Ansicht mei-

[9] Handbuch Bd. 4, S. 582.

[10] So Trütschler, Lehre von der Präklusion (2. Aufl.) S. 21 ff. Grolmann, Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 257. Danz, summar. Prozeß (9. Ausg.) §. 328. Schweppe, System des Konkurs-Proz. S. 218, §. 113. Martin, Lehrbuch d. bürgerl. Prozesses (9. Ausg.) §. 328. Schmid, Handbuch des Civilprozesses Thl. 3, S. 291. Scheurlen, in Hofacker's Jahrb. Bd. 3, S. 232. Bayer, Theorie des Konk.-Prozesses §. 49, S. 162, 163. Seuffert, Archiv Bd. 13, Nro. 302, S. 434.

stens neben der Zweckmäßigkeit auf das kanonische Recht stützen, worin ausdrücklich verordnet ist, daß nur in dem Falle Ediktalladungen Platz greifen sollen, wenn der, an welchen die Citation gerichtet ist, die Insinuation derselben verweigert oder solche nicht wohl und sicher behändigt werden kann;[11] und indem sie, soweit sie sich überhaupt darüber aussprechen,[12] bemerken, daß die nicht oder nicht gehörig Geladenen, somit die bekannten, aber nicht speziell geladenen Gläubiger nicht präkludirt werden können.

Betreffend die Frage, welche Gläubiger als bekannte, demnach speziell vorzuladende anzusehen seyen, so ist bereits erwähnt, daß Gönner[13] auf die Unbestimmtheit des Begriffs der „bekannten" Gläubiger hingewiesen hat. Auch Bayer[14] sagt, daß das fragliche, von der Praxis angenommene Erforderniß wegen der Unbestimmtheit jenes Begriffs von Seite der Zweckmäßigkeit sich nicht sonderlich empfehle. Trütschler[15] spricht sich darüber gar nicht aus, sondern führt nur die Bestimmung der „neuen Prozeß-Ordnung" des Herzogthums Gotha Thl. I. Kap. 37, Art. II, §. 1 an, wo bekannte Gläubiger diejenigen genannt werden, „welche sich bei dem „Richter bereits gemeldet, oder auf Grundstücke, so unter „dessen Jurisdiktion gelegen, ausdrückliche oder mit sei„nem Vorbewußt stillschweigende Hypotheken erlangt „haben." Lauk[16] sagt: „ein bekannter Gläubiger ist dem Sprachgebrauche zu Folge Jeder, der in den Akten des Gerichts (gleichviel welchen) vorkommt. Doch bemerkt derselbe, daß die Stelle der Bayerischen G. O.

---

[11] Clem. 1, de judiciis (2, 1.)

[12] Trütschler, a. a. O. S. 57, §. 11. Schweppe, a. a. O. S. 219, §. 113 a. E.

[13] A. a. O. S. 582.

[14] A. a. O. S. 163.

[15] A. a. O. S. 24. Note c.

[16] Bl. f. Rechtsanw. Bd. 5, S. 317.

Kap. XIX, §. 4, Nro. 1, wonach bei Eröffnung eines Konkurses jene Gläubiger „deren Forderungen vorhin schon bei Gericht bekannt sind" durch ein Cirkularpatent vorgerufen werden sollen, von der Praxis meistentheils auf jene Gläubiger beschränkt werde, welche aus den die Verhandlung des Konkurses betreffenden Akten ersichtlich seyen.[17]

Grolmann[18] bezeichnet diejenigen als die bekannten Gläubiger, welche der Schuldner selbst schon angegeben habe oder welche schon als Kläger gegen denselben aufgetreten seyen. Dieses ist auch die Meinung von Danz[19], die er in dem Satze ausgesprochen hat: „die Ediktalladung als eine subsidiarische bindet diejenigen Gläubiger, die ihrer Forderungen wegen sich schon gemeldet oder die der Schuldner angegeben hat, — die bekannten Gläubiger nicht, an diese muß eine Privatladung ergehen." Schweppe[20] rechnet zu den bekannten Berechtigten, diejenigen, welche früher Anträge bei dem Konkursgerichte machten, oder vom Schuldner angegeben sind, oder vom Konkursgericht bestätigte oder ingrossirte Hypotheken haben. Martin[21] führt nur diejenigen Gläubiger an, welche schon vor Ausbruch des Konkursprozesses bei diesem Gerichte geklagt haben. Schmid[22] sagt: als bekannt können nur diejenigen Kreditoren angesehen werden, welche das Gericht offiziell als solche, welche Ansprüche gegen den Kridar zu realisiren suchen, kennt, also nur diejenigen, welche ihre Klagen gegen denselben bereits anhängig gemacht haben. Scheurlen[23] sieht als bekannte, speziell vorzuladende Gläu-

---

[17] Vergl. Stürzer, Civilgerichtsverfahren S. 893.

[18] A. a. O. §. 257, Note 2.

[19] A. a. O. §. 178.

[20] A. a. O. S. 218, §. 113.

[21] A. a. O. §. 328, Note 6.

[22] A. a. O. S. 291, Note 15.

[23] A. a. O. S. 282, Note *).

biger an: 1) die in das Unterpfandsbuch eingetragenen, 2) die von dem Gemeinschuldner selbst angegebenen, 3) diejenigen, deren Ansprüche an den Gemeinschuldner in der Instruktion oder Exekution begriffen sind, und 4) diejenigen, welche sich während der Konkurs-Vorbereitungshandlungen als Gläubiger gemeldet haben.[24]

Noch dürfte vielleicht zu erwähnen nicht ohne Interesse seyn, daß nach den Bestimmungen in Tit. 50, §. 101 und 106 der allgemeinen preußischen Gerichtsordnung von 1793 beziehungsweise 1815, welche dem IV. Edikte in so manchen Beziehungen zum Vorbilde gedient hat, durch spezielle Verordnungen vorgeladen werden sollen: §. 101. a) Diejenigen Kreditoren, deren Forderungen auf die Grundstücke des Gemeinschuldners eingetragen sind, b) Diejenigen, welche nach der Angabe des Gemeinschuldners, dem von ihm eingereichten Statu bonorum oder dem aufgenommenen Inventario bewegliche Unterpfänder von ihm in Händen und darauf Darlehen gemacht haben; c) Diejenigen, welche sich schon bei den Akten gemeldet haben und etwa persönlich zugegen sind, oder Bevollmächtigte bestellt und dem Richter angezeigt haben, es mögen die Forderungen derselben noch rechtshängig seyn oder bereits unter der Exekution stehen §. 106. Die im §. 101 nicht benannten Gläubiger, deren Namen und Aufenthalt aus dem Inventario, oder einem von dem Schuldner eingereichten Verzeichnisse bei den Akten bekannt sind.

2) Sodann ist Streit unter den Rechtsgelehrten darüber: mit welchem Zeitpunkt die Präklusion der gehörig vorgeladenen, aber ausgebliebenen Gläubiger eintrete. Die Einen behaupten, mit dem Ablauf des Liqui-

---

[24] Scheurlen beruft sich hiefür auf Puchta, Beitr. zur Gesetzgebung und Praxis des bürgerl. Rechts S. 405.

dationstermins; [25] Andere lassen sie erst mit der Ungehorsamsbeschuldigung eintreten, [26] wogegen Schweppe [27] mit einigen Aeltern den Eintritt der Präklusion an die Erlassung und Publikation des Präklusivbescheids knüpft, welcher Ansicht auch Sarwey [28] zu seyn scheint, indem er ganz allgemein, ohne Berufung auf speziell Württembergische Prozeßgrundsätze sagt: „Nur wo der Präklusivbescheid „erst in der auf die Liquidationstagfahrt folgenden Ge„richtssitzung ausgesprochen wird, wird diese Zwischenzeit „noch als zur Nachholung der Liquidation offen stehend „angenommen werden müssen.“ Außerdem sagt Trütschler, [29] daß man in der Praxis annehme, die Präklusion sey erst eine Folge des Lokationserkenntnisses. Auch Danz [30] versichert, daß der Gerichtsgebrauch den gelindern Weg gehe und die Kreditoren auch noch nach Umlauf des Liquidationstermins noch so lange höre, bis entweder ein besonderes Präklusivdekret ergangen oder das Lokationsurtheil erfolgt sey, welch' letzterem gewöhnlich die Präklusionsklausel angehängt werde, wie auch Bayer [31] bemerkt, daß allerdings der Gerichtsgebrauch sich ziemlich allgemein dafür entschieden habe, daß bis zur Eröffnung des Präklusivbescheids immer noch neuerdings sich meldende Gläubiger zuzulassen seyen.

3) Daß die dem Konkursgerichte bekannten Gläubiger auf die Spezialladung hin verbunden seyen, bei Vermeidung der Präklusion am Liquidationstermin zu er-

---

[25] Dabelow, Konkurs S. 543, 544. Gönner, a. a. O. S. 584. Trütschler, a. a. O. S. 52, §. 4, Note a. Danz, a. a. O S. 304.

[26] Bayer, a. a. O. S. 177, §. 58. Günther, in Weiske's Rechtslexikon Bd. 2, S. 854.

[27] A. a. O. S. 225, §. 108.

[28] Monatschr. Bd. 1, S. 226, Note *).

[29] A. a. O. S. 52, §. 4, Note a.

[30] A. a. O. S. 304, §. 188 u. Note b, S. 310.

[31] A. a. O. S. 178, Note 5 a. E.

scheinen, darüber sind fast alle Rechtslehrer einig.[32] Nur Schweppe[33] sagt: frei von der Präklusion, den Fall einer ausdrücklichen Aufforderung zur Angabe abgerechnet, (worunter er nach dem Zusammenhang nicht die Spezialladung zu verstehen scheint) seyen die dem Gerichte bekannten Gläubiger, weil keine Verbindlichkeit zur doppelten Anzeige gelte, nur müsse neben der Forderung auch die Absicht der Theilnahme am Konkurs gewiß seyn, z. B. durch den gemachten Antrag auf Eröffnung des Konkurses; daß die Hypothekenbuchsgläubiger sich nicht zu melden brauchen, sey den mehrsten Landesgesetzen angemessen, doch bleiben hier die rückständigen Zinse Gegenstand der Präklusion, und Trütschler[34] erwähnt unter Berufung auf ältere Schriftsteller (Rivinus und J. B. Wernher), daß in der Praxis oft auch solche Gläubiger, welche beim Konkursgericht als Realgläubiger bekannt seyen, z. B. Konsensgläubiger oder welche unbezahlte Kaufgelder zu fordern haben, oder welche sonst nur klagend bekannt seyen, nicht präkludirt zu werden pflegen, soweit diese Forderungen ex actis bekannt seyen, obgleich den theoretischen Grundsätzen nach dieselben zu liquidiren verbunden seyen, und sie allerdings das Präjudiz treffen sollte. Auch Hufnagel[35] nimmt an, daß jeder Gläubiger, der als solcher irgend einmal in den Akten des Gerichts vorkomme, nicht zu liquidiren brauche, weil ihm als aus den Gerichtsakten bekannten Gläubiger die Präklusion nicht schade. Dazu bemerkt der Verfasser des

---

[32] Z. B. Trütschler, a. a. O. S. 35, Note a. Dabelow, a. a. O. S. 530, 531.

[33] A. a. O. S. 222, 223, Z. 4.

[34] A. a. O. S. 55, §. 9, S. 56.

[35] In dessen Rezension von Puchta's Beiträgen zur Gesetzgebung und Praxis, in der Tübinger kritischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft Bd. 3, S. 133. Vergl. Literatur des württemberg. Rechts von Mohl S. 327, 328.

„gerichtlichen Verfahrens in Civilsachen“:[36] es lasse sich bei dieser Erklärung nicht mißkennen, daß, da der Richter auch ohne grobe Nachläßigkeit die ihm zur Pflicht gemachte Berücksichtigung der bekannten Gläubiger in Ansehung vieler derselben unterlassen könne, es wohl geschehen möge, daß die schon vertheilte Masse ebensovielmal von Neuem vertheilt werden müsse. Bei dieser Erklärung würde allerdings das Prinzip der Universalität des Konkurses durch die Bestimmung der Novelle bedeutend verletzt seyn.

Nach dem bisher Angeführten dürfte anzunehmen seyn, daß nach gemeinem deutschem Prozeßrechte

1) die dem Konkursgerichte bekannten Gläubiger speziell vorgeladen werden müssen, widrigenfalls sie von der Präklusion nicht getroffen werden können, wobei übrigens der Begriff der „bekannten Gläubiger“, weder durch das Gesetz, noch durch Gerichtsgebrauch, noch durch die Doktrin eine scharfe Abgrenzung erhielt, sowie

2) daß der Eintritt der Präklusion in der Praxis, wo nicht an die Publikation, doch jedenfalls an die Aussprechung des Präklusiverkenntnisses geknüpft ist und daher die Gläubiger bis dahin auch nach Ablauf des Termins zugelassen werden. Auch ist

3) eine Praxis bezeugt, wonach die dem Konkursgerichte bekannten Gläubiger, obwohl sie an dem Liquidationstermin nicht erscheinen, alsdann von der Präklusion frei bleiben, wenn neben der Forderung auch die Absicht der Theilnahme an dem Konkurs aus den Akten zu ersehen ist, welche Praxis jedoch wohl nicht als eine gemeine bezeichnet werden kann.

§. 4.

Was sodann speziell das früheren württembergische Prozeßrecht betrifft, welches vor dem IV. Edikt

[36] In dem Note 35 angeführten Werke S. 328.

vom 31. Dezember 1818 in Giltigkeit gewesen, so sind hierüber folgende Schriften anzuführen: Schoepf, Dissert. de jure praecl. a jud. conc. Idem, Dissert. de processu in contumaciam in concursu creditorum eorumque praeclusione. Reinhardt, Lehre vom Gant, und insbesondere Gmelin, Ordnung der Gläubiger.

Nach des Letzteren Zeugniß waren auch in Württemberg 1) die dem Gerichte bekannten Gläubiger besonders vorzuladen,[37] ohne daß er bemerkt, welche Gläubiger als dem Gerichte bekannt zu betrachten seyen. Sodann führt er 2) an, daß der Präklusivbescheid am Schlusse des Lokationserkenntnisses erlassen werde,[38] woraus in Verbindung mit dem oben §. 3 unter Ziff. 2 angeführten, auf Gerichtsgebrauch beruhenden Grundsatze des gemeinen deutschen Rechts folgt, daß die vorgeladenen Gläubiger mit der Liquidation ihrer Forderungen bis, aber auch nur bis zum Lokationsurtheil zugelassen werden müßten.

Dagegen wurde durch Reskript des Oberjustizkollegiums vom 28. Mai 1813 das K. Provinzialjustizkollegium auf seine Anfrage: ob nicht künftig in Gantsachen der Präklusivbescheid in einem, nach der Liquidationstagfahrt zu bestimmenden Termin von den Oberamtsgerichten ausgesprochen werden dürfe, dahin beschieden, daß in Gemäßheit des bei beiden höhern Gerichtskollegien eingeführten Gerichtsgebrauchs und zur Erhaltung einer besseren Gantordnung die Oberamts- und Gantgerichte anzuweisen seyen, nach vollbrachter Liquidation noch vor Aussprechung der Ganturtel ... an einem besonderen Termin, dessen Weite sich nach der Bedeutendheit der Masse und der Menge und Entfernung der Gläubiger richten müsse, den Präklusivbescheid gegen die nicht

---

[37] S. 9, §. 6.

[38] S. 49, §. 23 a. E.

erschienenen Gläubiger auszusprechen,[39] wonach also die Gläubiger wenigstens bis dahin noch angenommen würden. Reinhardt[40] sagt: an die bekannten Gläubiger, d. h. solche, die ihre Forderung bereits eingeklagt haben oder die aus öffentlichen Urkunden z. B. Unterpfandsbüchern dem Gerichte bekannt seyn können, wird eine besondere Vorladung erlassen. Ferner: die Wirkungen des Ausschlußbescheids treffen überall diejenigen, die vorgefordert wurden und nicht erschienen sind, selbst die dem Gerichte bekannten.[41]

§. 5.

Auch das IV. Edikt vom 31. Dezember 1818 verordnet, wie schon oben bemerkt, daß die „bekannten Gläubiger" speziell vorzuladen seyen (§. 166, Abs. 1, §. 179, I.) Wer diese „bekannten Gläubiger" seyen, bestimmt das IV. Edikt nicht. Ebensowenig sagen die Bemerkungen des Referenten hierüber. Dagegen ward der bisherige Gerichtsgebrauch durch die Vorschrift des Edikts abgeändert, daß das Präklusiverkenntniß in denjenigen Gantsachen, in welchen bei der Liquidationsverhandlung weder der Oberamtsrichter, noch sein Stellvertreter anwesend gewesen, in der nächsten Sitzung des Oberamtsgerichts, in allen andern Fällen aber sogleich am Schlusse der Liquidationsverhandlung ausgesprochen werde. Diejenigen Gläubiger also, welche den Termin versäumten, konnten das Versäumte in den letzten Fällen gar nicht mehr, in den ersten dagegen nur bis zur nächsten Sitzung des Oberamtsgerichts nachholen.

---

[39] Reyscher, Sammlung der württ. Ges. Bd. 7, S. 395, 396, vergl. S. 372.

[40] A. a. O. §. 59. 76.

[41] Vergl. Dabelow, Konk. S. 501. A. M. ist Trütschler, a. a. O. 3. Abth.

§. 6.

Diese Vorschrift des Edikts wurde aber in der Kammer der Abgeordneten bald angefochten.[42] In dem ersten, den 13. Juni 1820 dieser Kammer vorgetragenen Kommissionsberichte in Betreff der Rechtspflege ist unter Anderem hervorgehoben: „Die Bestimmung des §. 179, nach welcher jedesmal sogleich am Schlusse der Liquidationsverhandlung das Präklusiverkenntniß ausgesprochen werden soll, dürfte wieder aufzuheben seyn, indem sie geeignet ist, entweder zu viele Restitutionsgesuche, oder eine zu große Strenge herbeizuführen."[43] In einem am 19. Dez. 1820 erstatteten zweiten Bericht wurde weiter bemerkt: „Es haben die Kommissarien erklärt: die Aussprechung des Präklusiverkenntnisses sogleich am Schlusse der Liquidationsverhandlung erscheine nothwendig, wenn die Anberaumung einer Tagfahrt zur Liquidation von Wirkung seyn solle. Uebrigens sey es nicht die Meinung gewesen, als wäre die in §. 166 des Edikts gestattete Einreichung eines schriftlichen Rezesses nur am Liquidationstage zulässig. Um jeder Mißdeutung zu begegnen, könne jedoch hierüber eine neue Bestimmung aufgenommen und zugleich verordnet werden, daß überhaupt Forderungen der Gläubiger, welche aus den Gerichtsbüchern bekannt sind, zu beachten, und dann auch wegen dieser Forderungen, in Hinsicht auf das Beweisverfahren, die Vorschriften des §. 171 und 179 anzuwenden seyen, jedoch mit der Beschränkung, daß der saumselige Gläubiger

---

[42] Die Geschichte der fraglichen Gesetzesbestimmung wurde zwar schon von Sarwey Monatschrift Bd. 1, S. 204 ff. und nach ihm von Fecht, das Konkursverfahren S. 130 ff. gegeben; um der Vollständigkeit der Darstellung willen muß aber hier wenigstens das Wesentliche von dem historischen Gange der hieher bezüglichen Gesetzgebung angeführt werden.

[43] Steinkopf'sche Ausgabe des IV. Edikts ꝛc. Auszüge aus den Kommissionsberichten ꝛc. S. 58. Verhandl. der Kammer der Abgeordneten v. 1820, II. außerordentl. Beilagenheft S. 54.

die der Gantmasse durch seine Saumseligkeit zugehenden Kosten und Schäden vergüte, und daß er bei Borg- oder Nachlaßvergleichen als der Mehrheit der Gläubiger seiner Kategorie beitretend angesehen werde. Bei diesen Erklärungen glaubten wir uns beruhigen zu können." [44] In der Sitzung der Kammer der Abgeordneten vom 6. März 1821 wurde dieser Bericht verlesen und von keiner Seite etwas dagegen eingewendet. [45] Der Antrag wurde mit den so eben angeführten Worten des zweiten Kommissionsberichts in die Adresse vom 11. April 1821 aufgenommen. [46] Nach den Worten des Königl. Reskripts vom 16. Juni 1821 wurde diesem Antrage „rücksichtlich der Liquidationshandlung ... die unbeschränkte Beistimmung" ertheilt, [47] womit auch der Wortlaut des Landtagsabschieds vom 30. Juni 1821 mit der — wohl ganz unerheblichen Ausnahme übereinstimmt, daß hier nach den Worten „zu beachten und" das Wörtchen „dann" weggelassen worden ist.

Im §. 32 der Justiznovelle vom 15. Sept. 1822 findet sich diese Bestimmung wieder. Allein die Redaktion hat hier zwei Aenderungen vorgenommen. Während in dem Kammerantrage und noch in dem Landtagsabschied nur von „Forderungen" der bekannten Gläubiger die Rede ist, ist in dem Gesetz der Ausdruck „ihre Ansprüche" gebraucht. Und das Wort „Gerichtsbüchern" hat die Redaktion des Gesetzes mit Gerichtsakten vertauscht.

---

[44] A. a. O. S. 68, 69. Verhandl. der Kammer der Abgeordneten von 1820, III. außerordentl. Beilagenheft S. 128.

[45] Ebendaselbst S. 102. Autenrieth verlangte eine besondere gesetzliche Bestimmung in Ansehung der Vorladung der bekannten Gläubiger, beruhigte sich aber bei der Erklärung, daß diese Vorschrift schon im Gesetz enthalten sey. Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten, a. a. O. Prot. CX., S. 259.

[46] Ebendas. S. 105 unten u. S. 106.

[47] Ebendas. S. 110.

In dem Rechenschaftsberichte des ständischen Ausschusses an die am 1. Dezember 1823 eröffnete Ständeversammlung wurden diese Aenderungen nicht erwähnt; im Gegentheile hat der damalige Referent, Präsident v. Weishaar, in dem bei den Akten des ständischen Ausschusses befindlichen Vortrage bemerkt: „die §§. 31—35 der Novelle sind ganz den ständischen Anträgen und dem Regierungsreskript §. 40 gemäß. Ohnehin erstreckt sich das Recht der Revision nicht auf diese Paragraphen." [48]

§. 7.

Wie schon im Eingang angeführt worden, haben sich von württembergischen Schriftstellern insbesondere Scheurlen [49] und Sarwey [50] mit unserer Frage eingehend beschäftigt, und es dürfte des Ueberblicks halber angemessen seyn, den Inhalt ihrer Ausführungen hier in thunlicher Kürze anzuführen:

I. Der Aufsatz von Scheurlen enthält im Wesentlichen nachstehende Sätze:

1) der §. 32 der Novelle spreche blos von solchen Gläubigern, welche geladen worden seyen, aber nicht liquidirt haben. Dieß ergebe sich aus den Worten des Paragraphen selbst. Nur müssen die bekannten Gläubiger speziell vorgeladen werden; nicht speziell vorgeladene bekannte Gläubiger haben schon nach dem mit dem gemeinen Rechte harmonirenden früheren württembergischen Rechte, d. h. nach dem vor der Novelle bestandenen Rechte von der Präklusion nicht getroffen werden können. (S. 234.) Da sich aus den ständischen Verhandlungen klar ergebe, daß die Novelle etwas Neues in Beziehung auf die Präklusion der bekannten Gläubiger zu deren Vortheil habe bestimmen wollen, so könne der Sinn des §. 32 nicht der seyn, daß den bekannten nicht speziell vor-

---

[48] Eine Begründung der letztern Ansicht ist aus den Akten und Verhandlungen nicht zu entnehmen.

[49] Vergl. Note 4.

[50] Vergl. Note 5.

geladenen Gläubigern das Präjudiz der Präklusion nicht schaden solle. Ihr Sinn sey wohl kein anderer, als der: die gehörig, d. h. speziell vorgeladenen bekannten Gläubiger treffe die Präklusion nur dann, wenn ihre Ansprüche nicht schon aus den Gerichtsakten bekannt seyen. (S. 232, Note *). Als bekannte, speziell vorzuladende Gläubiger werden anzusehen seyn

a) die in das Unterpfandsbuch eingetragenen;

b) die von dem Gemeinschuldner selbst angegebenen,

c) diejenigen, deren Ansprüche an den Gemeinschuldner in der Instruktion oder Exekution begriffen seyen, und

d) diejenigen, welche sich während der Konkursvorbereitungshandlungen als Gläubiger gemeldet haben.

2) Da alle Gläubiger, an welche spezielle Ladungen erlassen werden, bereits in den Akten des gegenwärtigen Gantes bemerkt seyen, so könne das Gesetz unter den aus den Gerichtsakten bekannten Gläubigern blos diejenigen verstanden haben, deren Forderungen bereits in den gegenwärtigen Gantakten verzeichnet seyen. (S. 234.)

3) Aber nur solche Forderungen bekannter Gläubiger werden von der Präklusion nicht getroffen, welche bereits Ansprüche erhoben haben, d. h. welche bei Gericht bereits klagbar gemacht worden seyen. Denn das Gesetz sage: „die Forderungen bekannter Gläubiger bleiben unbeachtet, wenn ihre Ansprüche nicht schon aus den Gerichtsakten ersichtlich seyen." Daß das Gesetz die Ausdrücke „Forderungen" und „Ansprüche" nicht gleichbedeutend gebraucht habe, erhelle daraus, daß es sonst wohl gesagt haben würde, die Forderungen bekannter Gläubiger bleiben unbeachtet, wenn solche nicht schon aus den Gerichtsakten ersichtlich seyen. Nach dieser Auslegung würde durch den §. 32 weder das Prinzip der Universalität, noch der Grundsatz der Freiheit der Rechtsverfolgung verletzt. (S. 235, 236.)

4) Der Unterschied zwischen dem durch das IV. Edikt und dem durch die Novelle begründeten Rechte bestehe also blos darin, daß nach dem IV. Edikt alle bekannten speziell geladenen Gläubiger, wenn sie im Termin nicht liquidirt hatten, von der Masse ausgeschlossen worden seyen, nach der Novelle aber die Präklusion diejenigen von diesen Gläubigern nicht treffe, welche ihre Ansprüche bereits vor dem Termin klagbar gemacht haben. (S. 238)

II. In der Abhandlung von Sarwey werden

1) einige allgemeine Bemerkungen über die Auffassung des Gesetzes vorausgeschickt; insbesondere wird gesagt, daß beim Anblick der Geschichte des §. 32 sogleich in die Augen falle, wie die Tendenz hiebei durchaus nicht gewesen sey, die Wirksamkeit des Präjudizes der Präklusion zu beschränken und zu schwächen, vielmehr nur die über die dießfallsige Strenge geäußerten Bedenken haben beseitigt werden sollen. (S. 207.) Sodann wird

2) auf die praktischen Grundlagen des Stoffs zurückgegangen, womit der §. 32 es zu thun hat. Hier werden

a) zuvörderst die Arten, wie die zu liquidirenden Forderungen ꝛc. dem Gerichte bekannt werden, dahin aufgeführt, daß dieses geschehe

aa) durch Einsicht der Güter- und Unterpfandsbücher;

bb) durch Einsicht der geführten Schuldklagprotokolle;

cc) durch Einsicht der Akten über Rechtsstreitigkeiten, welche mit dem Schuldner geführt werden;

dd) durch Angabe des Schuldners selbst;

ee) durch Einsicht der Haus- und Geschäftsbücher, auch sonstigen Papiere des Schuldners;

ff) durch Nachforschung bei öffentlichen Kassenämtern, beziehungsweise in deren Büchern und Rechnungen;

gg) durch Nachforschungen in sonstigen öffentlichen Akten, wo muthmaßlich Forderungen an den Schuldner

zu finden seyen, so namentlich in Rechnungen über die von ihm geführten Verwaltungen;

hh) durch vorläufige Anmeldung der Gläubiger selbst.

Die so erhobenen Forderungen sollen — wird fortgefahren — auch nach der jetzt bestehenden Gesetzgebung bis zum Termintage liquidirt werden. (S. 208, 209.)

Wenn nun aber der Gläubiger für die Geltendmachung seiner Forderung gar nichts thue, so sey im Allgemeinen unzweifelhafter Sinn des §. 32, daß in einem solchen Falle *gewisse* Arten von Forderungen wenigstens zunächst nicht durch den Ausschlußbescheid getroffen werden sollen. (S. 210.)

b) Da es Erfahrungssache sey, daß die unbevorzugten und zum Theil auch die minder bevorzugten Gläubiger, zumal wenn ihre Forderungen minder bedeutend seyen, in der Regel blos deßhalb nicht liquidiren, weil sie aus verschiedenen Gründen nicht liquidiren *wollen*, so wäre es sehr fehlerhaft, davon auszugehen, daß bestehende Forderungen überall *als solche* angesehen werden dürfen, welche geltend gemacht werden wollen; der Grundsatz der Freiheit der Rechtsverfolgung müsse aufrecht erhalten bleiben. (S. 211.)

c) Solange, als ein Gläubiger für die Geltendmachung seiner Forderung im Konkurs nichts gethan habe, sey es der Natur der Sache nach nicht möglich, irgend etwas mit Sicherheit über dieselbe zu bestimmen. Denn einmal könne, so lange der Gläubiger nicht selbst seine Forderung im Konkurse geltend gemacht, solche nie mit Bestimmtheit als noch bestehend angenommen werden; und ebensolange sey nie außer Zweifel, ob dieselbe noch dem ursprünglichen Inhaber zustehe. (S. 212.)

d) Aus all dem werde sich für die Interpretation des §. 32 soviel als unzweifelhaft ableiten lassen, daß es nie in seinem Sinne gelegen haben könne, daß Forderungen irgend einer Art, ohne daß der Gläubiger in irgend einem Zeitpunkt des Verfahrens als *fordernd* aufge-

treten, berücksichtigt, somit gleichsam von Amtswegen liquidirt werden sollen. Alsdann aber müsse man irgend ein Mittel, den Gläubiger zum Handeln in der Sache zu bringen, als nach jenem Gesetze bestehend annehmen. (S. 213.)

3) Wenn nun vor Allem der Sinn und die Bedeutung der in den Verhandlungen gelegenen Grundbestimmung des §. 32 aufgefaßt werden müsse, so falle

a) der Zusammenhang der Vorschrift der Beachtung der Forderungen und der Bestimmung über die Einleitung des Beweisverfahrens in die Augen, und in Anwendung der Parallele der §§. 171 und 179 des Edikts auf den §. 32 der Novelle liege wohl kaum eine Erklärung näher, als die, daß diejenigen Forderungen, welche aus den Gerichtsbüchern bekannt seyen, in derselben Weise, wie diejenigen, welche zwar angebracht, bei welchen aber die faktischen Umstände nicht in's Klare zu bringen gewesen seyen, behandelt werden sollen, und dann auch wegen dieser Forderungen das Beweisverfahren auf die allgemein bestimmte Weise einzuleiten sey, denn nur eine Bestimmung, daß, und nicht eine solche, wie bei solchen Forderungen das Beweisverfahren einzuleiten sey, habe einen denkbaren Grund und Zusammenhang. (S. 214.) Was sodann

b) den Sinn des Ausdrucks betreffe, „Forderungen, welche aus den Gerichtsbüchern bekannt seyen", so bilde der Ausdruck „Gerichtsbücher" keinen festabgeschlossenen Begriff; indeß werde man doch annehmen dürfen, daß die äußere Form hierüber nichts entscheide, daß ferner unter Büchern im Gegensatz gegen laufende Akten gewöhnlich Grundurkunden oder doch stehende Urkunden verstanden werden. Diesem gemäß werden dann unter den aus Gerichtsbüchern bekannten Forderungen zu verstehen seyn: einmal solche, welche in den Unterpfandsbüchern als bestehend laufen, sodann etwa auch die, in den Güterbüchern oder sonstigen besonders geführten oder

betitelten Grundbüchern als bestehend aufgeführten, dinglichen Rechtsansprüche. (S. 215.)

Daß auch hier schon andere aus Schuldklagprotokollen und sonstigen gerichtlichen Verhandlungen bekannte Forderungen gemeint gewesen, sey nicht wahrscheinlich, obwohl sich hierüber nicht gerade absprechen lasse. Die hienach gemachte Konzession lasse sich deßhalb rechtfertigen, weil ein Verzicht eines Gläubigers nicht so leicht zu vermuthen sey, weil ferner solche Forderungen und Rechte, welche einmal in den Gerichtsbüchern als bestehend laufen, im Falle ihres Erlöschens in der Regel auch wieder gelöscht werden. (S. 216.)

4) Lege man sodann den §. 32 nach seinen Worten aus, so setze sich

a) die Ansicht Scheurlen's, daß die fraglichen Forderungen bereits als Ansprüche gerichtlich klagbar gemacht worden seyen, in einige Opposition mit der Geschichte des Gesetzes und erscheine zu eng und zu weit. Werden diese Forderungen auf solche beschränkt, welche gegen diese Gantmasse klagbar gemacht werden, so werden diese Klagen fast immer Liquidationsrezesse seyn und demnach wäre die Bestimmung eine überflüßige. (S. 217.) Oder sey jede gerichtliche Einklage gemeint, und zwar die prozessualisch eingeklagten Forderungen, so seyen diese verhältnißmäßig sehr selten, daher die Bestimmung des §. fast ohne praktischen Werth, oder auch die im Wege der Exekution eingeklagten, so wäre die Bestimmung doch nicht praktischer, denn es werden Forderungen, welche bei früherer Einklage nicht liquid geworden, in der Regel im Konkurs am ehesten aufgegeben, die bei der Einklage liquid gewordenen aber seyen bis zum Konkurs in der Regel zur Zahlung gebracht worden. (S. 218.)

b) Was den Ausdruck „Gerichtsakten" anbelange, so sey nicht gerade mit Bestimmtheit anzunehmen, daß bei den Verhandlungen über das Gesetz ein Nachdruck

auf das Wort „Bücher" gelegt und ein wirklicher Unterschied zwischen beiden Ausdrücken gemacht worden sey. Jeden Falls würde eine gewisse Gleichheit des Grundes für die gleiche Behandlung sprechen. (S. 217.)

c) Unter den aus den Gerichtsakten ersichtlichen Ansprüchen seyen solche Forderungen zu verstehen, welche nach Ausweis gerichtlicher Verhandlungen — seyen es Einträge in Unterpfands= oder Güterbüchern, Prozeßakten, Schuldklagprotokollen, Akten über vorläufige Anmeldungen u. dgl. als bestehende Ansprüche an die Masse anzunehmen seyen. (S. 218.) Zwei Hauptmomente konstituiren diese Annahme: einmal die geschehene Ermittelung durch die Gerichtsakten, daß diese Forderung wirklich einmal bestanden habe, und zweitens die Vermuthung, daß sie noch bestehe und geltend gemacht werden wolle. Die Annahme der beiden letztgenannten Thatsachen bilde übrigens keine wirkliche Rechtsvermuthung, sondern bloße Supposition; die weitere Verhandlung müsse erst sowohl darüber, daß die Forderung wirklich liquid sey, als darüber, daß sie geltend gemacht werden wolle, entscheiden. (S. 219.) Die Vermuthung sey nur eine einstweilige und selbst in dieser Eigenschaft noch nicht dadurch begründet, daß die Forderung aus den Gerichtsakten als eine bestehende zu betrachten sey; sondern die Umstände müssen überhaupt von der Art seyn, daß nicht die Annahme der gedachten Vermuthung für sich wegfallen müsse; sonst würde wohl das in §. 32 vorgezeichnete Verfahren nicht anwendbar oder nicht am Platze seyn. Solche als bestehend anzunehmende Ansprüche an die Masse wären dann sofort dem Beweisverfahren zu unterwerfen Der Gläubiger werde in der Unterstellung des Gesetzes, daß sein aus den Gerichtsakten ersichtlicher Anspruch ein solcher sey, welcher liquidirt werden könne und wolle, nur wie die anderen Gläubiger, deren Forderungen noch nicht im Klaren sich befinden, zum Beweise aufgefordert. Diese Aufforderung

involvire natürlich zugleich die wiederholte Aufforderung, seinen Anspruch überhaupt geltend zu machen. (S. 221.)

d) Allein der Eintritt des in der Ladung angedrohten Präjudizes der Präklusion sey nur verschoben. Wenn diese Gläubiger bis zum Schlusse des Verfahrens gar nicht auftreten, so sey es natürlich, daß die Fiktion der Wahrheit weichen und der Ausschluß auch bei diesen Gläubigern erfolgen müsse. (S. 227, 228.) Diese Präklusion werde erst am Schlusse des ganzen Verfahrens, also der Regel nach mit dem Prioritätserkenntniß auszusprechen seyn. (S. 229, 231.) Das solchen Gläubigern anzudrohende Präjudiz werde sonach ein kombinirtes seyn müssen, welches neben dem Verluste der dem Gerichte nicht amtlich bekannten Beweismittel auch auf den Ausschluß der Forderung selbst für den Fall, daß sie bis zum Schlusse des Verfahrens nicht geltend gemacht werde, zu richten seyn dürfte. (S. 232.) [51]

§. 8.

Eine von diesen Ausführungen in verschiedenen Punkten abweichende Ansicht ist in einem aus besonderem Anlaß erstatteten Kollegialvortrag ausgesprochen und näher zu begründen gesucht worden, und wenn gleich dieser neuen Ansicht manche Bedenken entgegenstehen dürften und Einsender dieses ihr in allen Theilen beizutreten Anstand nehmen muß, so wird es doch gewiß von Interesse seyn, wenn besagter Kollegialvortrag in Folgendem mitgetheilt wird. [52] Derselbe besagt:

Der §. 32 der Novelle hat nach den ausdrücklichen Worten im Eingang seine Bestimmung hinsichtlich der auf die Vorladung zur Liquidationsverhandlung weder erschienenen noch schriftlich recessiren-

---

[51] Vergl. Bolley, Entwürfe Bd. 2, §. 1571, Bem. 1, §. 1755 a, §. 1781 a, Ziff. 3 b ff., Ziff. 4 und die beigefügte Bemerkung.

[52] Der geschätzte Herr Verfasser des Kollegialvortrags hat zu der Veröffentlichung desselben seine Zustimmung gegeben, wünscht jedoch, nicht genannt zu werden.

den Gläubiger gegeben. Er setzt also voraus, daß die bekannten Gläubiger besonders, die unbekannten dagegen ediktaliter vorgeladen worden seyen. Wenn die Ladung nicht oder nicht gehörig erlassen worden ist, so kann eine Präklusion keinen Falls Statt finden, und zwar, wenn der Fehler die Ediktalladung betrifft, hinsichtlich der unbekannten Gläubiger, betrifft er die Spezialladungen, hinsichtlich der bekannten Gläubiger nicht.[53] Wenn aber die Ladungen gehörig erlassen worden sind, dann treten die Fälle und die Bestimmungen des §. 32 der Novelle ein. Das heißt: Die Gläubiger, welche an der Liquidationsverhandlung nicht erschienen sind und auch nicht schriftlich recessirt haben, werden wenn sie

a) zu den bekannten Gläubigern zählen, unbedingt ausgeschlossen;

b) die bekannten Gläubiger werden gleichfalls präkludirt; es wäre denn

c) daß ihre Ansprüche schon aus den Gerichtsakten ersichtlich sind, in welchem Falle ausnahmsweise ihre Präklusion nicht stattfindet.

Hier entsteht nun aber die Frage, welche bekannte Gläubiger das Gesetz zu denjenigen rechnet, deren Ansprüche schon aus den Gerichtsakten ersichtlich sind. Scheurlen ist der Meinung, das Gesetz zähle zu diesen Gläubigern nur diejenigen, hinsichtlich welcher aus den Gerichtsakten ersehen werden könne, daß sie bereits Ansprüche an die Masse gerichtlich erhoben, d. h. klagbar gemacht haben. Diese Meinung ist, wie schon Sarwey in seiner trefflichen Abhandlung gezeigt hat, unrichtig. Sie widerspricht auch dem gewöhnlichen Sprachgebrauche, wonach das Wort „Anspruch" nicht der Ausdruck für bereits gerichtlich klagbar gemachte Forderungen ist. Und daß insbesondere der Gesetzgeber von keinem andern Sprachgebrauch ausgegangen sey, erhellt daraus, daß in dem

---

[53] Scheurlen, a. a. O. S. 231 ff.

der fraglichen Stelle zunächst vorhergehenden Satze des §. 32: „unbekannte Gläubiger werden mit ihren Ansprüchen an die Masse gänzlich ausgeschlossen", nothwendig das Wort „Anspruch" nicht gleichbedeutend mit eingeklagten oder sonst gerichtlich geltend gemachten Forderungen seyn kann, weil ja sonst die Gläubiger nicht unbekannte wären, auf welche doch der ganze Satz allein sich bezieht. Es genügt also zur Subsumtion unter die Ausnahme der Umstand, daß die Forderungen aus den Gerichtsakten bekannt sind.

Die Ständeversammlung hatte in Uebereinstimmung mit dem Vorschlage der K. Regierungskommissäre die Ausnahme von der Präklusion nach den gebrauchten Worten auf die aus den Gerichtsbüchern ersichtlichen Forderungen beschränkt und in dem Landtagsabschied ist die Zustimmung hiezu ohne Modifikation erklärt worden. Unter den aus den Gerichtsbüchern ersichtlichen Forderungen konnten aber nur solche verstanden werden, welche als gegenwärtige aus den Gerichtsbüchern zu ersehen sind, wobei es nicht darauf ankommt, ob sie als liquid erscheinen oder nicht; genug, wenn aus den Gerichtsbüchern hervorgeht, daß diese oder jene Ansprüche von Gläubigern gegen den Kridar geltend gemacht oder sich zugeschrieben werden. Dafür spricht der Wortlaut. Wäre jenes nicht der Sinn des Gesetzes, so hätte es sich dahin ausdrücken müssen: dagegen sind diejenigen Ansprüche zu beachten, hinsichtlich welcher aus den Gerichtsbüchern entnommen werden kann, daß sie irgend einmal bestanden haben oder irgend einmal von Andern sich zugeschrieben worden sind. Die Beschränkung auf gegenwärtige Forderungen war auch vollkommen gerechtfertigt, einmal weil nur sie solche ausnahmsweise Berücksichtigung verdienten, und sodann weil man doch dem Gantgericht nicht zumuthen konnte, bis in die ältesten Zeiten die öffentlichen Bücher nachzuschlagen, um hinsichtlich aller möglichen Personen, welche daselbst irgend einmal als Gläubiger

des Kridars oder seiner Universalrechtsvorfahren eingetragen worden, das in §. 32 vorgeschriebene Verfahren einzuleiten. Also das Prinzip ist, daß nur gegenwärtige Forderungen zu berücksichtigen sind. Zur Zeit der Vereinbarung der Ständeversammlung mit der K. Staatsregierung kann man daher unter den Gerichtsbüchern nur diejenigen gemeint haben, aus welchen Forderungen als gegenwärtige zu ersehen sind. Das können aber nur diejenigen seyn, welche den Zweck und die Bestimmung haben, die in sie eingetragenen Forderungen, so lange sie nicht gelöscht sind, als noch bestehend oder noch von den Gläubigern sich zugeschrieben — als gegenwärtige zu dokumentiren. Denn aus Gerichtsbüchern welche diesen Zweck und diese Bestimmung nicht haben, sind nur irgend einmal bestandene oder irgend einmal geltend gemachte, nicht aber auch Forderungen als noch bestehende oder als noch von dem Gläubiger sich zugeschriebene zu ersehen.[54] Wendet man dieß auf die der-

---

[54] B. d. R. Nur die aus den Gerichtsakten ersichtlichen Ansprüche bekannter Gläubiger sollen nach dem Gesetze von der Präklusion nicht getroffen werden. Bei der Anwendung dieser Bestimmung drängen sich zwei Fragen auf, einmal was heißt: „ersichtliche Ansprüche“ und dann „aus welchen Gerichtsakten“ müssen sie ersichtlich seyn. Der verehrte Herr Verfasser des oben mitgetheilten, unstreitig interessanten Kollegialvortrags versteht unter ersichtlichen Ansprüchen solche, welche sich, ob liquid oder illiquid, als gegenwärtige, d. h. als noch bestehende, oder von Gläubigern gegen den Kridar geltend gemachte oder sich zugeschriebene darstellen, und glaubt hiemit zugleich ein Prinzip für die Lösung der zweiten Frage gefunden zu haben, indem er annimmt, daß nur aus solchen Gerichtsbüchern Ansprüche als gegenwärtige ersehen werden können, welche die Bestimmung haben, den Fortbestand der darin eingetragenen Forderungen bis zu erfolgter Löschung zu dokumentiren.

Was nun die erste Frage betrifft, so ist zuzugeben, daß, wie im Gante überhaupt nur existirende oder doch als existirend behauptete Forderungen in Frage kommen können, auch die Ausnahmen von der Präklusion nur auf solche nicht liquidirte Ansprüche bekannter Gläubiger sich beziehen können, von welchen nach dem In-

malen im Gebrauch befindlichen Gerichtsbücher an, so ergibt sich:

---

halt der Gerichtsakten anzunehmen ist, daß sie noch existiren oder als noch existirend behauptet werden. Es folgt dieß aus der Natur der Sache, und es geht hievon auch Sarwey aus, indem er unter den aus den Gerichtsakten ersichtlichen Ansprüchen diejenigen begreift, welche sich als bestehende Ansprüche an die Masse darstellen, d. h. als Forderungen, von welchen nicht nur erhelle, daß sie wirklich einmal bestanden, sondern von denen sich auch annehmen lasse, daß sie noch bestehen und geltend gemacht werden wollen. Der Unterschied zwischen der in dem Kollegialvortrag angenommenen Auslegung des Begriffs von „ersichtlichen Ansprüchen" und der Sarwey'schen Interpretation besteht, abgesehen von der abweichenden Terminologie, hauptsächlich darin, daß nach letzterer nur solche Ansprüche von Amtswegen beachtet werden sollen, von denen aus den Gerichtsakten erhelle, daß sie wirklich einmal bestanden haben, während nach ersterer Ansicht es lediglich darauf ankommt, ob aus den Gerichtsakten sich ersehen läßt, daß Ansprüche von Gläubigern als bestehende geltend gemacht oder sich zugeschrieben werden. Hierin wird man nun allerdings der letzteren Ansicht beipflichten müssen, denn ein aus den Gerichtsakten ersichtlicher Anspruch liegt vor, wenn nur ersichtlich ist, daß eine Forderung als bestehend behauptet wird, und der Wille ihrer Geltendmachung anzunehmen ist, und eine Beschränkung auf solche Ansprüche, deren Entstehung aktenmäßig nachgewiesen ist, erhellt weder aus den Worten, noch aus der Geschichte und dem Geiste des Gesetzes. Dagegen wird man, wie auch von dem Herrn Einsender des obigen Aufsatzes am Schlusse des §. 9 geschehen, die von Sarwey aufgestellte und überzeugend begründete, auch schon der Ansicht von Scheurlen zu Grunde liegende, Beschränkung festhalten müssen, daß nur solche Forderungen von Amtswegen Beachtung zu finden haben, von welchen nach den Umständen sich annehmen läßt, daß sie noch geltend gemacht werden wollen. Es folgt dieß aus dem Grundsatz der Freiheit der Rechtsverfolgung, wonach es Jedem freistehen muß, ob er eine Forderung verfolgen will oder nicht, und findet auch in den Worten des Gesetzes seine Bestätigung, da ein Recht, von welchem anzunehmen ist, daß solches der Gläubiger nicht ansprechen will, offenbar nicht als ein ersichtlicher Anspruch bezeichnet werden kann. Hienach wird man die erste der oben aufgestellten Fragen dahin zu beantworten haben, daß von Amtswegen nur solche Ansprüche zu beachten sind, von welchen nach den Gerichtsakten anzunehmen ist, daß sie noch existiren, oder als noch existirende behauptet werden, und geltend gemacht werden wollen.

a) daß Forderungen, welche aus den Kontrakten- oder Kaufbüchern zu entnehmen sind, nicht unter die Ausnahme von der Präklusion fallen. Denn diese Gerichtsbücher haben nicht die Bestimmung, über das Fortbestehen der eingetragenen Kaufschillingsforderungen eine Urkunde zu bilden. Wenn der Kaufschilling auch bezahlt wird, so wird weder der Eintrag gelöscht, noch die Zah-

---

Was aber die zweite Frage wegen der Gerichtsakten betrifft, so wird man in dieser Beziehung einen prinzipiellen Unterschied unter denselben nicht machen können, und insbesondere dem in dem Kollegialvortrag aus dem aufgestellten Prinzip gezogenen Schlusse nicht beizupflichten vermögen, daß unter den Gerichtsbüchern, aus welchen die Ansprüche ersichtlich seyn müssen, nur diejenigen verstanden seyn können, welche die Bestimmung haben, die in sie eingetragenen Forderungen bis zu ihrer Löschung als noch bestehend oder noch von den Gläubigern sich zugeschrieben, als „gegenwärtige" zu dokumentiren. Dieser Ansicht ist von dem Herrn Einsender des obigen Aufsatzes im §. 9 mit vollem Rechte entgegengetreten worden, und man wird demjenigen entschieden beitreten müssen, was dort gegen besagte Ansicht gesagt ist. Jede Urkunde, welche die Entstehung eines Rechtsverhältnisses beweist, liefert eben damit auch den Beweis der gegenwärtigen Existenz desselben; denn die Fortdauer eines Rechtsverhältnisses wird nicht wie die Fortdauer thatsächlicher Zustände, durch den Hinzutritt oder das Fortgehen äußerer Thatumstände bedingt, welche erst bewiesen werden müßten, sondern es stellt sich die Fortdauer rechtlicher Zustände und Verhältnisse lediglich als eine Folge ihrer Entstehung dar, und es behält das einmal entstandene Recht sein Daseyn, so lange solches nicht durch den Eintritt neuer entgegengesetzter Thatsachen vernichtet wird. Ist die Entstehung eines Rechts daher dargethan, so bedarf seine Fortdauer und gegenwärtige Existenz nicht erst noch eines besonderen Beweises, vielmehr hat derjenige, welcher das durch den Eintritt besonderer neuer Thatsachen bedingte Erlöschen des Rechts behauptet, den Eintritt dieser rechtsvernichtenden Thatsachen zu beweisen. (Vergl. Wächter, württ. Privatrecht Bd. 2, S. 443, 452, 453.) Hieraus ergibt sich, daß es von vorneherein unrichtig ist, zwischen Gerichtsbüchern mit der Bestimmung, für den Fortbestand der in sie eingetragenen Forderungen bis zu deren Löschung als Beweismittel zu dienen, und zwischen solchen, aus welchen nur die frühere Entstehung oder Existenz von Rechten oder Forderungen erhelle, prinzipiell zu unterscheiden, wie denn auch in Wirklichkeit ein solcher Unterschied überall nicht besteht. (K.)

lung vorgemerkt. Selbst wenn der Kaufschilling schon vor dem, oft sich sehr verzögernden Eintrag in das Kaufbuch bezahlt ist, muß die Zahlung nicht erwähnt werden. Also können die eingetragenen Forderungen aus diesen Büchern nicht als gegenwärtige ersehen werden und sind ebendeßhalb nicht von der Präklusion ausgenommen. Daraus folgt, daß das Gantgericht nicht gehalten ist, vor Erlassung der Ladungen zur Liquidationsverhandlung und vor Fällung des Präklusiverkenntnisses die Kontraktenbücher bis in die frühesten Zeiten zu durchgehen, um zu erfahren, welche Personen nach denselben irgend einmal an den Kridar oder seine Universalrechtsvorfahren Forderungen zu machen gehabt haben, um diesen Personen die Wohlthat des §. 32 zu Theil werden zu lassen.

b) Die Güterbücher haben neben anderen Zwecken die Bestimmung, auf den Gütern haftende Lasten, z. B. Ablösungszeitrenten als bestehende, als gegenwärtige urkundlich darzustellen. Soferne es sich aber von den verfallenen Leistungen handelt, so enthalten die Güterbücher darüber, daß sie noch nicht getilgt seyen oder daß die Berechtigten sich Ansprüche auf solche verfallene Leistungen zuschreiben, gar nichts. Wenn daher zwar Reallasten eingetragen sind, die Berechtigten aber troß der Ladung nicht liquidiren, so können sie nur mit den laufenden Abgaben, mit der laufenden Zeitrente, mit dem laufenden Leibgeding von der Präklusion ausgenommen werden. Dagegen trifft das Präklusiverkenntniß sie in Ansehung der bereits verfallenen Leistungen, weil diese als gegenwärtige nicht aus den Gerichtsbüchern erhellen. Ganz anders ist es

c) mit den Unterpfandsbüchern.[55] Sie haben den Zweck, Pfandbestellungen für Forderungen, insolange diese bestehen, urkundlich darzustellen. Daher werden

[55] Vergl. Volley, Entw. u. Antr. Bd. 2, S. 1755 a.

dieselben, sobald die Forderungen getilgt sind, gelöscht. Sie haben weiter die Bestimmung, für bestehende oder von Andern sich zugeschriebene Forderungen Vormerkungen zum Zweck der Sicherstellung von Pfandrechtstiteln aufzunehmen. Diese Vormerkungen werden gelöscht, sobald die Forderungen getilgt oder rechtskräftig abgesprochen sind. Aus den nicht gelöschten Einträgen in den Unterpfandsbüchern sind somit Forderungen, welche entweder noch bestehen, oder von den eingetragenen Personen sich zugeschrieben werden, somit gegenwärtige Ansprüche zu ersehen. Alle diese Personen werden mit ihren eingetragenen Forderungen, mögen sie liquid oder illiquid erscheinen, von der Präklusion nicht getroffen, auch wenn sie auf die Ladung nicht liquidirt haben.

Alles Angeführte ist lediglich eine Konsequenz aus dem dem Gesetz zu Grunde liegenden Prinzip. Wären noch andere Gerichtsbücher im Gebrauche oder würden künftig noch andere Gerichtsbücher eingeführt, oder sind die Fälle, welche schon jetzt aus den Gerichtsbüchern sich ergeben können, oben nicht vollständig angeführt, so würde sich die Entscheidung von selbst aus dem Prinzip ergeben.

Aber gegenwärtige Ansprüche können dem Gantgerichte auch aus andern gerichtlichen Urkunden bekannt werden, als aus den Gerichtsbüchern, so z. B. aus den Schuldklagprotokollen; denn die im Exekutionsverfahren begriffenen Forderungen sind gegenwärtige; ferner aus den Civilprozeßakten, denn die gerichtlich eingeklagten Ansprüche, welche in der Instruktion begriffen, sind gleichfalls gegenwärtige. Die Forderungen, welche vor Erlassung der Ladung zur Liquidationsverhandlung eingeklagt oder angemeldet worden sind, ohne daß eine Verfügung darauf getroffen worden, z. B. wenn ein Gläubiger seine Forderung dem Notar vor oder bei oder nach der Vermögensuntersuchung angezeigt, oder bei der Ortsobrigkeit eingeklagt, diese aber sie ein=

fach mit der Insolvenzanzeige eingesendet hat, sind gegenwärtige.[56] Dieses sind auch die von dem Gemeinschuldner bei der Vermögensuntersuchung angegebenen Ansprüche, denn sie sind als gegenwärtige angegeben.

Warum sollte es nun die Meinung der gesetzgebenden Faktoren gewesen seyn, nur diejenigen Gläubiger, deren Ansprüche aus den Gerichtsbüchern, nicht aber auch diejenigen, deren Ansprüche als gegenwärtige ebenso gewiß aus andern gerichtlichen Akten ersichtlich sind, von der Präklusion auszunehmen? Diese Unterscheidung ließe sich als auf keinem Prinzip, sondern auf bloßer Willkühr beruhend nicht rechtfertigen, daher wohl auch nicht ohne besondere Gründe, die im vorliegenden Falle nicht vorhanden sind, als im Willen der gesetzgebenden Faktoren gelegen ansehen. Ohne Zweifel davon geleitet, hat die K. Staatsregierung bei der Redaktion — und zwar mit Recht — angenommen, es sey der wahre Sinn der Gesetzesstelle, worüber man sich geeinigt, der gewesen, jene Unterscheidung nicht aufzustellen, und hat demzufolge in dem §. 32 das Wort „Gerichtsbücher" mit dem Worte „Gerichtsakten" vertauscht, welche Annahme und Fassungsänderung auch der ständische Ausschuß und insbesondere sein Referent — der damalige Präsident Weishaar — mit den Beschlüssen der Ständeversammlung ganz übereinstimmend gefunden hat.

Aus dem Bisherigen ergibt sich, daß alle liquide oder illiquide Ansprüche, welche als gegenwärtige aus den Unterpfands- und Güterbüchern, aus den laufenden Schuldklagprotokollen und Schuldklageakten, ferner aus den laufenden Civilprozeßakten und aus den Akten des gegenwärtigen Konkurses im engeren Sinne, d. h. aus dem Vermögensuntersuchungsprotokolle und aus, zu demselben gekommenen Anmeldungen von Ansprüchen oder Klagen

---

[56] Zu vergl. Schweppe, System §. 116.

der Gläubiger sich ersehen lassen,[57] von der Präklusion ausgeschlossen sind.

Die Schuldklageakten, die Civilprozeßakten haben aber nicht die Bestimmung, die in ihnen vorkommenden Forderungen in solange, als diesen nicht Urkunden über eine vor sich gegangene Tilgung beigelegt werden, als gegenwärtige darzustellen. Daher sind aus diesen Akten, sobald sie als erledigt erscheinen, die in ihnen bezeichneten Ansprüche nicht als gegenwärtige zu ersehen, weßhalb sie von der Präklusion betroffen werden. Selbstverständlich dagegen erscheinen die im Exekutions- oder gerichtlichen Verfahren begriffenen Forderungen als gegenwärtige.

Nach dem Angeführten muß die Ansicht, daß unter den Gerichtsakten nicht auch die Vermögensuntersuchung und die Schuldklagprotokolle zu verstehen seyen, als unrichtig betrachtet werden. Der Einwand, daß sich keine Grenze finden ließe, bis zu welcher Zeit in dem Schuldklagprotokoll zurückgegangen werden müsse, trifft diese Auslegung nicht, die ja nur die in der Exekution begriffenen und nicht auch die erledigten Schuldforderungen von der Präklusion ausnimmt. Nicht minder unbegründet ist die weitere Einwendung, daß man bei dieser Auslegung nicht wüßte, welche Forderungen bekannter Gläubiger unbeachtet bleiben sollen, während doch das Gesetz das Vorhandenseyn solcher annehme. Denn wenn die Forderung eines Gläubigers aus dem Kaufbuch oder aus ältern Schuldklagprotokollen oder ältern Civilprozeßakten bekannt geworden ist, oder wenn ein Gerichtsmitglied vor der Fällung des Präklusiverkenntnisses die Mittheilung macht, daß er privatim oder aus Anlaß einer Theilung amtlich wisse, wie einer Person, die nicht liquidirt, diese oder jene Forderung an den Kridar zustehe, oder wenn ein Gläubiger hinsichtlich eines andern Gläubigers, der

---

[57] Vergl. Bolley, Entw. Bd. 2, §. 1781 a.

nicht liquidirt, eine gleiche Mittheilung macht und dergleichen, so sind das dem Gericht bekannt gewordene Ansprüche, welche von dem Präklusiverkenntniß nicht ausgenommen werden dürfen.

Es erübrigt nun nur noch, über die Sarwey'sche Meinung einige Worte zu sagen. Der Sinn der Meinung von Sarwey (wie sie oben §. 7 dargelegt worden) geht wohl dahin: durch die Gerichtsakten müsse ermittelt seyn, daß die Forderungen wirklich einmal bestanden haben. Nicht die Annahme dieser, sondern der zwei weitern Thatsachen, daß diese Forderungen auch derzeit noch bestehen und daß sie geltend gemacht werden wollen, solle vorerst bloße Supposition bilden. Es ist aber nicht recht klar, wie die von Sarwey angeführten vorläufigen Anmeldungen den Nachweis liefern sollten, daß die Forderungen wirklich einmal bestanden haben. Die behufs der Sicherstellung von Pfandrechtstiteln in das Unterpfandsbuch eingetragenen bestrittenen Ansprüche scheinen darnach gleichfalls nicht von der Präklusion befreit zu seyn. Warum sollen nun aber die Forderungen, von welchen es ungewiß ist, ob sie je einmal bestanden haben, anders behandelt werden, als diejenigen, von denen es ungewiß ist, ob sie noch bestehen? in dem einen, wie in dem andern Falle sind sie illiquid. Warum sollen insbesondere die oben bemerkten im Unterpfandsbuch vorgemerkten Ansprüche, soweit sie in Beziehung auf ihre Entstehung bestritten sind, nicht, wohl aber soferne über die Tilgung ein Streit besteht, zu berücksichtigen seyn? Vom gesetzgeberischen Standpunkte aus ließe sich eine solche Unterscheidung sicherlich nicht genügend begründen. Daß aber unser Gesetz sie nicht macht, daß es irgend einen Nachweis des Anspruchs nicht, sondern nur das fordert, daß der Anspruch als gegenwärtiger — liquider oder illiquider — aus den Akten ersichtlich ist, wurde schon oben gezeigt. Ist der hiernach nicht unter die Präklusion fallende An-

spruch bestritten, so ist eben nach ausdrücklicher Bestimmung des §. 32 das Beweisverfahren einzuleiten.

Die Meinung Sarwey's geht weiter dahin: Die Umstände müssen überhaupt der Art seyn, daß nicht die Annahme der Vermuthung, die Forderung bestehe noch und wolle geltend gemacht werden, wegfalle. Diese Bedingung ist in dem Gesetz durch kein Wort ausgedrückt.[58] Sie würde zur größten Rechtsunsicherheit führen; denn aus den angeführten Beispielen ersieht man, daß Sarwey keine Gewißheit, sondern nur Wahrscheinlichkeit fordert; man wüßte aber nicht, welcher Grad der Wahrscheinlichkeit genüge oder erforderlich sey, und bekannt ist, daß man hier auf den Boden der Unbestimmtheiten gelangt, wo die verschiedensten Meinungen sich geltend machen und das Recht ungewiß und unsicher wird. Jene Bedingung wird daher auch von der Gesetzgebungskunst abgewiesen werden. Sie ist wohl auch dem Verfasser nur durch die Vergegenwärtigung der angeführten Beispiele und durch die Betrachtung, daß solche Ansprüche doch nicht unter die Ausnahmsbestimmungen fallen können, hervorgerufen worden. Diese Beispiele erregen jedoch bei der oben vertheidigten Auslegung des Gesetzes kein Bedenken. Ein vor 10 Jahren außergerichtlich eingeklagter Anspruch erhellt aus dem Schuldklageprotokoll nicht als ein gegenwärtiger, ist also von der Präklusion nicht auszunehmen.[59] Wenn dagegen Jemand mit einem

---

[58] Dieß möchte zu bezweifeln seyn; vergl. Note 54. Auch ist nicht einzusehen, wie Ansprüche, von denen nach den Umständen anzunehmen ist, daß sie nicht geltend gemacht werden wollen, oder daß sie nicht mehr bestehen, als gegenwärtige, d. h. als in der Gegenwart noch existirende oder geltend gemachte Ansprüche sollten betrachtet und bezeichnet werden können. (K.)

[59] Der Grund hievon ist aber doch nur in der Vermuthung zu suchen, daß ein Anspruch inzwischen getilgt worden, oder nicht mehr verfolgt werden will. Ob und in weit diese Vermuthung im letztern Falle zutrifft, darüber kann aber lediglich das richterliche Ermessen ent-

Pfandrechte im Unterpfandsbuche läuft, oder wenn Jemand eine Forderung aus Anlaß der Vermögensuntersuchung vor Fällung des Ganterkenntnisses angemeldet hat, es ergibt sich aber aus den Umständen eine Wahrscheinlichkeit, daß die Forderung auf eine andere Person übergegangen sey; so erscheint doch der Anspruch des ursprünglichen Gläubigers aus den Gerichtsakten als gegenwärtiger, er ist daher von der Präklusion auszunehmen und über die Frage: ob der ursprüngliche Gläubiger noch der berechtigte sey, ist, falls er den Anspruch wirklich geltend machen will, ein Beweisverfahren einzuleiten und zu erkennen. Das scheint ganz konsequent und gerecht.

Die Prüfung der oben dem Gesetze gegebenen Auslegung an der Sarwey'schen Meinung dürfte die Richtigkeit jener Auslegung weiter erprobt haben. Ueberall läßt sich die letztere ungezwungen und konsequent durchführen, ohne Verlegenheiten hervorzurufen oder zu Ungleichheiten zu führen.

Dagegen kann man sich mit demjenigen, was in der Sarwey'schen Abhandlung über das den Gläubigern der bemerkten Kategorien anzudrohende Präjudiz und über das hinsichtlich derselben überhaupt einzuhaltende Verfahren angeführt ist, ganz einverstanden erklären. Daß auch diese Gläubiger, wenn sie sogar in der Zwischenzeit zwischen dem Ausspruch des Präklusiverkenntnisses und des Lokationsurtheils ihre Ansprüche nicht geltend machen, gleichzeitig mit letzteren von der Befriedigung aus der Masse auszuschließen seyen, erhellt wohl auch daraus, daß man nach der Entstehungsgeschichte des §. 32 die Gläubiger nicht noch milder behandeln wollte, als dieselben nach dem vor dem IV. Edikt geltend gewesenen Pro-

---

scheiden, welches ja auch sonst in vielen Fällen ohne Gefahr für die Rechtssicherheit einzutreten hat, und gerade im Interesse des Rechts häufig eintreten muß. (K.)

zeßrechte behandelt worden waren, daß man nicht über das voreditkliche Prozeßrecht hinauszugehen beabsichtigte, daß aber nach dem letztern alle Gläubiger ohne Ausnahme, welche bis zum Lokationsurtheil oder bis zum Ablauf des nach dem Liquidationstermine anberaumten besondern Termins nicht liquidirt hatten, ausgeschlossen wurden. Auch würde, wenn es die Absicht gewesen wäre, jenen Gläubigern den sie nach dem Lokationserkenntnisse treffenden Theil der Masse aufzudrängen, und sie in diesem, sowie in dem Falle, daß sie wegen unzureichender Größe der Masse gänzlich durchfallen, zur Vergütung der, der Gantmasse durch ihre Saumseligkeit zugehenden Kosten und Schäden zu verpflichten (s. §. 32), eine solche exorbitante Vorschrift doch ganz gewiß nicht ohne Begleitung eines Wortes der Rechtfertigung vorgeschlagen und genehmigt worden seyn.

§. 9.

So sehr auch der Werth der in dem voranstehenden Paragraphen erörterten Ansicht anzuerkennen ist, so vermag sich der Einsender doch mit derselben und insbesondere mit mehreren der dort aufgestellten Sätze nicht zu vereinigen. Es ist nämlich

1) gesagt, unter den in Frage kommenden Gerichtsbüchern können von den gesetzgebenden Faktoren nur diejenigen verstanden worden seyn, welche den Zweck und die Bestimmung haben, die in sie eingetragenen Forderungen, solange sie nicht gelöscht seyen, als noch bestehend oder noch von dem Gläubiger sich zugeschrieben zu dokumentiren. Nun gibt es zwar wohl Urkunden, aus deren Einträgen sich auf die Existenz eines Rechts schließen läßt, wie z. B. der Umstand, daß im Pfandbuch eine Kaufschillings- oder Darlehensschuld rc. nicht gelöscht, daß im Güterbuch ein Leibgeding ohne weitere Bemerkung eingetragen ist, einen Schluß darauf begründet, daß die Verbindlichkeit noch jetzt existire, weil die Vorschrift be-

steht, daß nach deren Aufhören der auf sie bezügliche Eintrag gelöscht, beziehungsweise mit der geeigneten Bemerkung versehen werden müsse. Eine andere Frage aber ist es: ob es Gerichtsbücher gebe, welche den Zweck und die Bestimmung haben, die in sie eingetragenen Forderungen als noch bestehend zu dokumentiren, mit andern Worten: das Fortbestehen eines entstandenen Anspruchs, d. h. dessen Nichterloschenseyn zu konstatiren. Für die Haltung solcher Bücher läge in der That kein Grund vor, denn ist einmal durch den Eintrag dargethan, daß gewisse Rechte zur Existenz gelangt seyen, so muß ihre Fortdauer nach allgemeinen Grundsätzen solange als erwiesen angenommen werden, bis der Verpflichtete deren Erlöschen nachgewiesen hat. Denn für die Fortdauer rechtlicher Zustände streitet eine Rechtsvermuthung, weil die Fortdauer eines Rechtsverhältnisses nicht durch äußere Thatsachen bedingt ist, wie dessen Entstehung, sondern weil sie sich lediglich als Folge der Entstehung darstellt und aus diesem Grunde keines besondern Beweises bedarf. Es bestehen auch in der That keine Gerichtsbücher, welche jenen Zweck haben, denn diejenigen öffentlichen Bücher und Urkunden, welche im vorangehenden Paragraphen unter diese Rubrik gestellt werden, haben nur die Bestimmung, die Konstituirung oder die Existenz gewisser Rechtsverhältnisse, nicht aber deren Fortdauer darzuthun. Jeden Falls läßt sich daraus, daß nur existirende oder als existirend behauptete Forderungen im Gante beachtet werden dürfen, kein Schluß darauf ziehen: daß im §. 32 nur solche Gerichtsbücher gemeint seyn können, welche die gegenwärtige Existenz einer Forderung beweisen oder zu beweisen bestimmt seyen. Aus jenem Vordersatz folgt vielmehr nur das, daß die Forderung sich nach den Gerichtsakten oder Gerichtsbüchern als eine existirende oder als existirend behauptete darstellen müsse, um beachtet zu werden. Letzteres kann aber möglicher Weise aus jeder Urkunde erhellen und es läßt sich hieraus die

Absicht einer Beschränkung auf gewisse Bücher oder Akten nicht ableiten.

2) Dem Satze zu Folge, daß vom Gesetzgeber nur solche Gerichtsbücher haben bezeichnet werden wollen, die den Zweck haben, eine Forderung als noch bestehend darzustellen, werden sodann die Kauf= und Kontraktenbücher nicht zu den Gerichtsakten gezählt, die aus diesen Dokumenten ersichtlichen Gläubiger also unter den Präklusivbescheid gestellt. Die Ansicht, daß die aus den Kauf= und Kontraktenbüchern hervorgehenden Ansprüche nicht von Amtswegen berücksichtigt werden müssen, dürfte sich aber jedenfalls in allen solchen Fällen nicht rechtfertigen lassen, wo diese Urkunden nach Art. 58 des Pfandgesetzes die Stelle der Güterbücher vertreten. Dieß bedarf keiner weitern Begründung, weil die Güterbücher, wie ja auch der Herr Verfasser des Kollegialvortrags wenigstens bedingungsweise anerkennt, zu den Gerichtsakten im Sinne der Novelle gehören. Zur Zeit der Emanirung der Novelle gab es aber noch sehr wenige Güterbücher. Nur die Gutsherrschaften waren in der Regel im Besitze von solchen Grunddokumenten; dieselben können jedoch weder der Form noch dem Inhalt nach als öffentliche Urkunden betrachtet werden, sie hatten einen ganz andern Zweck, als unsere heutigen Gemeindegüterbücher und waren auch dem Gemeindeangehörigen nur schwer zugänglich. Im Uebrigen bestanden für die Steuer= und dinglichen Rechtsverhältnisse meistens blos sehr lückenhafte Güter= und Gebäuderollen, oder sogenannte Steuerhefte, wie im Hohenlohe'schen, d. h. in einem mit dem Namen des Gutsbesitzers überschriebenen Umschlagbogen wurden alle auf dessen Güterrechtsverhältnisse bezüglichen Urkunden, Verträge &c. auf einzelnen Blättern oder Bogen, meistens ganz ungenügend und mangelhaft gesammelt und aufbewahrt. Sehr leicht möglich wäre es, daß gerade mit Rücksicht auf diese damaligen Verhältnisse statt des ursprünglich gesetzten Wortes „Bücher" der Ausdruck

„Akten" gewählt worden wäre; jedenfalls kam es zur Zeit, als die Novelle erschien, sehr häufig vor, daß anstatt der Güterbücher die Kauf- und Kontraktenbücher benützt werden mußten. Erst durch die Verordnung vom 3. Dezember 1832 wurden bekanntlich die heutigen Gemeindegüterbücher in das Leben gerufen. Aber auch da, wo die Kaufbücher nicht die Stelle der Güterbücher vertreten, können dieselben nicht so unbedingt von dem Begriff der Gerichtsakten im Sinne der Novelle ausgeschlossen werden. Man kann zwar zugeben, daß, wenn im Kaufvertrag baare Zahlung bedungen wurde, der Kaufbuchseintrag keinen Grund für die Annahme des Bestehens der Kaufschillingsforderung abgeben könne, weil nicht zu unterstellen ist, daß gegen den Vertrag keine Zahlung geleistet worden seye. Allein man denke sich den gar nicht ungewöhnlichen Fall, daß bald nach einem auf Zieler abgeschlossenen Kauf der Gant gegen den Schuldner ausbricht, z. B. A. verkauft am 1. August einen Acker für 300 fl. auf 10 Jahresziele an B., der Verkauf wird in das Kaufbuch eingetragen, darüber erkannt und im darauffolgenden September oder Oktober geräth der Käufer B. in den Gant. Warum sollte nun eine solche aus dem Kaufbuch bekannte Forderung nicht ebensogut Anspruch auf Berücksichtigung von Amtswegen haben, als eine aus dem Güterbuch ersichtliche Pfründe, eine Leibrente, ein in Zeitrenten zerschlagener Ablösungsschilling? Ist ja doch die Tilgung einer Schuld und namentlich vor der Verfallzeit gewiß nicht zu vermuthen. Ferner ist bekannt, daß die Notare jährlich nur ein Mal, bei Vornahme des Steuersatzes die Kaufbücher gründlich durchgehen, gewöhnlich in den Monaten Juni oder Juli; es kann also der wichtigste Vertrag, z. B. ein mit einem Kauf- oder Uebergabsvertrag verbundener Leibrentenvertrag viele Monate ruhig im Kontraktenbuch schlummern, ehe er in das Güterbuch übertragen wird. Soll nun ein Rechtsgeschäft darum, weil dasselbe nach der einmal bestehenden Geschäfts-

manipulation noch nicht in das Güterbuch eingetragen ist, bei einem in der Zwischenzeit ausbrechenden Konkurse unbeachtet bleiben, während das Gericht doch nur das neben dem Güterbuch daliegende Kaufbuch aufschlagen dürfte, um sich von dessen Daseyn zu überzeugen. Auch die allgemeine Praxis — man geht wohl nicht zuweit, wenn man dieß behauptet — widerstrebt dem obigen Satze. Denn überall, wo es sich um die Ermittlung des Vermögensstandes handelt, wird die betreffende Behörde die Kontraktenbücher zu Rathe ziehen, ob sich nicht in solchen ein erheblicher Eintrag finde. — Diese Praxis sollte man nicht lockern.

3) Was in dem Kollegialvortrag von den Güterbüchern angeführt wird, muß als richtig anerkannt, es muß zugegeben werden, daß aus den Güterbüchern nicht zu ersehen ist, ob eine verfallene Leistung abgetragen worden sey oder nicht, daß vielmehr aus dem Güterbuch nur die Existenz der Last entnommen werden kann, und daß daher die nicht liquidirten Rückstände von der Präklusion getroffen werden. Allein der Grund hievon liegt nicht darin, daß das Güterbuch zwar wohl die auf den Gütern haftenden Lasten, nicht aber die verfallenen Leistungen als bestehende urkundlich darzustellen bestimmt ist; sondern der Grund der Präklusion muß vielmehr in der einfachen Thatsache gesucht werden, daß die Güterbücher nur das Bestehen der Lasten und Verbindlichkeiten im Allgemeinen dokumentiren, die etwaigen Rückstände dagegen aus denselben nicht ersichtlich sind, der Ausnahmefall des §. 32 somit nicht vorliegt.

4) Nicht minder richtig ist es, wenn der Herr Verfasser des Kollegialvortrags davon ausgeht, daß die aus Unterpfandsbüchern ersichtlichen Gläubiger nicht präkludirt werden dürfen, aber nicht richtig ist der Grund, aus dem dieß abgeleitet wird. Derselbe liegt nämlich nicht in der Bestimmung des Unterpfandsbuchs für den Beweis der Fortdauer des eingetragenen Rechts, sondern darin, daß aus dem Pfandeintrag die Entstehung der

Forderung erhellt, und daß demgemäß deren Fortbestand rechtlich vermuthet werden muß, so lange keine entgegenstehenden Thatsachen nachgewiesen sind. Die Bestimmung der Unterpfandsbücher ist nicht die, den Fortbestand einer Forderung oder eines Rechts zu beweisen oder zu dokumentiren, wie denn auch Forderung und Pfandrecht längst erloschen seyn können, ohne daß eine Löschung des Eintrags im Unterpfandsbuch erfolgt ist Der Zweck der Unterpfandsbücher ist nur, die Entstehung des Pfandrechts urkundlich festzustellen, die Fortdauer desselben und damit der unterliegenden Forderung ergibt sich hieraus von selbst, so lange nicht die Aufhebung des Rechtsverhältnisses bewirsen ist. Aus diesem Grunde, und nicht aus dem in dem Kollegialvortrage angeführten muß eine aus dem Unterpfandsbuche ersichtliche Forderung als eine bekannte von Amtswegen beachtet werden.

5) Was das Schuldklagprotokoll betrifft, so ist durch das Gesetz vom 13. November 1855 der frühere Streit darüber: in wie weit das Schuldklagprotokoll von Amtswegen zu berücksichtigen sey, im Wesentlichen beseitigt, insoferne die Bestimmung des Art. 88 des Exekutionsgesetzes vom 15. April 1825, daß der Gläubiger nach Ablauf des Zahlungstermins wieder anrufen müsse, durch den Art. 3 jenes ersten Gesetzes aufgehoben ist, wonach das ganze Exekutionsverfahren ohne weitere Thätigkeit des Gläubigers von Amtswegen durchgeführt werden muß. Auch würde abgesehen hievon dem allzuweiten Zurückgreifen im Schuldklagprotokoll durch die Art. 1—3 des Gesetzes vom 6. Mai 1852 über die Einführung kürzerer Verjährungsfristen (Reg.-Bl. S. 112—113) für die Regel ein Ziel gesetzt. Gleichwohl aber bleiben noch manche Zweifel übrig, wie diese von Fecht[60] erwähnt sind. Darüber kann kein Anstand obwalten, daß die Forderung als eine bekannte behandelt werden muß, wenn der Gant

[60] Das Konkursverfahren S. 135 ff.

ausbricht, ehe das Hilfsvollstreckungsverfahren beendigt ist,[61] ebensowenig darüber, daß das Gegentheil zu geschehen hat, wenn der Gläubiger die Klage schon vor dem Ausbruch des Gantes zurückgenommen hat. In gleicher Weise ist es aber auch dann zu halten, wenn der Gläubiger auf den Grund des Art. 4 des Gesetzes vom 13. November 1855 von der Exekutionsbehörde zurückgewiesen worden ist. Denn sobald diese Verfügung getroffen worden, ist die Forderung in der Exekutionsinstanz erledigt und kann nicht mehr als ein bestehender Anspruch betrachtet werden, weil man nicht weiß, ob der Gläubiger nicht durch die Einwendung des Schuldners von der Grundlosigkeit seines Anspruchs überzeugt wurde, oder wenigstens ob er es nicht vorziehe, für jetzt die Sache ruhen zu lassen, anstatt einen im Erfolg doch wahrscheinlich nutzlosen Prozeß zu beginnen, ob er überhaupt seinen Anspruch noch verfolgen wolle, wie dieß auch schon Fecht[62] bemerkt hat. Uebrigens wird hiebei vorausgesetzt, daß der Beschluß der Exekutionsbehörde dem Gläubiger schon vor dem Ausbruch des Gantes und zwar so geraume Zeit vorher eröffnet worden sey, daß der Gläubiger, wenn es ihm darum zu thun gewesen wäre, seinen Anspruch hätte weiter verfolgen können; denn eher läßt sich nicht annehmen, daß er denselben nicht mehr verfolgen wolle. Erhebt der Gläubiger Beschwerde gegen die Verfügung der Exekutionsbehörde, so kann das Exekutionsverfahren natürlich solange, als nicht jene Verfügung in der höchsten Instanz bestätigt ist, nicht als beendigt betrachtet werden und daher auch nicht von einer Präklusion des Gläubigers die Rede seyn.

Hat der Gläubiger dem Schuldner Borgfrist ertheilt, so hat eben dadurch das Exekutionsverfahren sein Ende

---

[61] Vergl. Bazing, die Gesetze und Verordnungen über das Gantverfahren S. 86, Note 2.

[62] A. a. O. S. 136, lit. b.

erreicht und die Klage ist erledigt. Dieß ergibt sich aus Art. 3 des angeführten Gesetzes und dem in der Vollziehungsinstruktion vom 22. Dezember 1855 angeordneten Formular der Schuldklagprotokolle.[63] Aber damit ist die Frage noch nicht entschieden, ob die aus dem Schuldklagprotokoll ersichtlichen Forderungen nicht von Amtswegen berücksichtigt werden müssen. Soviel scheint gewiß zu seyn, daß eine Forderung nicht ausgeschlossen werden kann, für welche beim Beginne des Gantverfahrens die Borgfrist noch lauft, denn hier ist durch das Schuldklagprotokoll die Existenz der Forderung dargethan und es ist durch deren Einklagung bewiesen, daß der Gläubiger sie geltend machen wollte, er kann aber zu deren Verfolgung für jetzt nichts weiter thun, weil er den Vollzug der Hilfsvollstreckung vertagt hat. Andererseits wird, wenn der Gläubiger schon vor längerer Zeit eine unbeschränkte Borgfrist ertheilt, wenn er also z. B. erklärt hat, er wolle dem Schuldner noch länger borgen, er wolle seine Forderung noch stehen lassen, oder wenn der Gläubiger zwar eine begrenzte Borgfrist gewährt hat, diese aber längst abgelaufen ist, ohne daß der Gläubiger sich weiter gerührt hat, in allen diesen Fällen kaum bezweifelt werden können, daß die Forderung nicht mehr von Amtswegen zu berücksichtigen ist, weil aus jener Erklärung, beziehungsweise aus dem Schweigen des Gläubigers zu schließen ist, daß er seine Forderung wenigstens für jetzt nicht weiter verfolgen, daß er sich insbesondere mit derselben nicht in den Gant einlassen wolle. Allein in andern Fällen kann die Sache sehr zweifelhaft seyn und über eine Zeitdauer bezüglich des Schweigens des Klägers läßt sich ohnehin nichts mit Sicherheit sagen; es wird daher die von Fecht[64] aufgestellte Ansicht als die richtige zu

---

[63] Reg.-Bl. S. 315.

[64] A. a. O. S. 136, lit. c.

erkennen seyn, und in der Hauptsache Alles auf den einzelnen Fall ankommen.

6) Daß Forderungen, welche bei dem Oberamtsgerichte oder in höherer Instanz zur Zeit des Gantausbruchs noch im gerichtlichen Verfahren anhängig sind, nicht unter den Ausschlußbescheid fallen, ist mit Grund nicht zu bestreiten.[65] Zweifelhaft aber könnte es scheinen, ob es zulässig sey, unbedingt alle erledigten Prozesse als nicht von Amtswegen zu beachtende Gerichtsakten zu behandeln, wie dieß von Fecht[66] geschehen. Man setze z. B. den Fall, daß kurz vor dem Ausbruch des Gantes ein Urtheil gefällt wurde, welches unter Beifügung eines dies den Gantmann für schuldig erklärt, eine gewisse Summe zu entrichten, und der dies ist zur Zeit der Einleitung des Gantverfahrens noch gar nicht eingetreten, also die Forderung noch nicht verfallen. Aber auch in diesem Falle ist es gewiß richtiger, eine solche Forderung, wenn sie nicht angemeldet wird, unter den Präklusivbescheid zu stellen, zwar nicht aus dem häufig hiefür geltend gemachten Grunde, weil ja sonst das Gantgericht die halbe Registratur durchgehen müßte, — denn wenn die Verpflichtung bestünde, sich mit dem Inhalt erledigter Akten bekannt zu machen, so könnte die dem Gerichte hieraus erwachsende Mühe nicht in Betracht kommen, — wohl aber deßhalb, weil ein erledigter Prozeß aufgehört hat, für das Gericht zu existiren, solange er nicht in irgend einer Form, und sey es auch nur in der Exekutionsinstanz, wieder ins Leben gerufen wird. Denn die Thätigkeit des Civilrichters darf nicht weiter gehen, als sie angerufen ist; angerufen ist sie aber nur insoweit, daß das Gericht

---

[65] Vergl. Bolley, Entwürfe und Anträge Bd. 2, §. 1755 b. Bazing, die Gesetze und Verordnungen über das Gantwesen S. 86, Note 1.

[66] A. a. O. S. 136. Vergl. Dabelow, Konkurs (1792) Thl. 1, §. 69. Claproth, Konk.-Prozeß S. 124.

aussprechen solle, was unter den Parteien Rechtens sey. Nur hierauf ist das Verlangen des Klägers gerichtet, ist dieser Zweck erreicht, so hat sich der Richter von Amtswegen um nichts weiter zu kümmern, und Sache des Klägers ist es, seinen Anspruch in das von dem Prozeß ganz verschiedene Stadium der Hilfsvollstreckung zu bringen. Eben darum läßt sich auch aus dem Anhängigmachen einer Forderung bei Gericht noch nicht unbedingt schließen, daß der Kläger seinen Anspruch in Vollzug setzen, daß er dieß jetzt thun und daß er sich insbesondere in das Gantverfahren einlassen wolle; und eben deßhalb ist dieser Fall sehr wesentlich von dem beendigten Exekutionsverfahren verschieden, denn hier hat der Gläubiger durch die Anrufung der Exekutionsbehörde bewiesen, daß er seinen Anspruch in Vollzug gesetzt wissen wolle, und selbst aus der Bewilligung einer Borgfrist geht hervor, daß er dieses Verlangen nicht aufgegeben, sondern nur vertagt habe. Der dies oder das Nichtverfallenseyn kann hier so wenig einen andern Ausschlag geben, als dieß bei sonstigen in Raten fälligen Forderungen der Fall ist. Denn auch bei solchen Forderungen kann aus den Umständen hervorgehen, daß der Gläubiger sie für jetzt nicht weiter verfolgen wolle, und es begründet also das Vorhandenseyn einer Zeitbestimmung noch keinen nothwendigen Schluß auf die gegentheilige Absicht des Gläubigers.

Wie verhält es sich aber mit den Kriminalakten? Aus den Kriminalprozessen können in zweifacher Weise civilrechtliche Ansprüche hervorgehen, einmal in Betreff des Schadensersatzes und sodann hinsichtlich der Untersuchungskosten. Wenn der Beschädigte den Kriminalrichter um Zuerkennung des Schadensersatzes anruft, und dieser demzufolge die Verpflichtung hat, hierüber zu verhandeln und zu entscheiden,[67] so tritt hier offenbar ganz

---

[67] Vergl. Strafprozeßordnung Art. 86, 354. Schwurgerichtsgesetz Art. 174, 176, 180.

derselbe Fall ein, wie bei einem Civilprozeß. So lange die Sache noch nicht erledigt ist, hat das Gantgericht einen solchen Civilanspruch von Amtswegen zu beachten, selbst wenn die Größe desselben noch nicht ermittelt seyn sollte;[68] ist dieselbe aber erledigt, ehe der Gant ausbricht, so ist die Forderung von Amtswegen nicht weiter zu berücksichtigen. Ganz das Gleiche ist mit den Untersuchungskosten der Fall. Denn man kann nicht sagen, durch das verurtheilende Erkenntniß entstehe die Ersatzforderung für den Staat erst; sie wird vielmehr durch den in der Untersuchung wegen des Verdächtigen zu machenden Aufwand begründet und durch das Urtheil nur anerkannt. Die Ermittlung der Größe derselben wird freilich erst später durch das Untersuchungskostenverzeichniß geschehen können. Wäre beim Beginne des Konkurses eine Untersuchung zwar erledigt, aber das Kostenverzeichniß noch nicht gefertigt, so müßte, um die Forderung präkludiren zu können, die Finanzbehörde jedenfalls von der rechtlichen Existenz der Forderung zuvor in Kenntniß gesetzt werden, weil ihr sonst gar nicht möglich wäre, ihr Recht zu wahren. In einem solchen Falle wird freilich das Verfahren in praxi dadurch vereinfacht werden, daß das Gantgericht die Untersuchungskosten von Amtswegen in das Liquidationsprotokoll aufnimmt und die Frage über deren Größe später bereinigt.

Noch sind die Akten über ein früheres Gantverfahren zu erwähnen. Es wurde oben §. 1 a. E. schon angeführt, daß der Gerichtshof in Ellwangen eine allgemeine Praxis annehme, wonach die in einem früheren Gante durchgefallenen Forderungen bei einem neuen Gante von Amtswegen berücksichtigt werden. Hiefür läßt sich auch anführen, daß die in einem frühern Gante durchgefallenen Forderungen in den allermeisten Fällen solche sind, welche in der Zwischenzeit zwischen beiden Konkurs-

[68] Vergl. IV. Edikt, §. 179, Ziff. III. 2.

prozessen gar nicht geltend gemacht werden konnten, entweder weil der Gemeinschuldner mittellos war, oder weil ihn das beneficium competentiae schützte. Allein diese Rücksicht ist nicht durchgreifend. Von der angeführten Praxis ist dem Einsender, welcher in verschiedenen amtlichen Funktionen viele Oberamtsgerichte des Neckar-, des Jaxt- und des Donaukreises kennen zu lernen Gelegenheit gehabt hat, nichts bekannt, er kann vielmehr im Gegentheil versichern, daß er nicht ein einziges Bezirksgericht zu nennen wüßte, bei welchem grundsätzlich die in den frühern Ganten durchgefallenen Gläubiger bei einem neuen Konkurs von Amtswegen aufgenommen und verwiesen würden, auch wenn sie sich nicht mehr rühren, obwohl dieses Verfahren in einzelnen Fällen — sporadisch — vorkommen mag. Wenn jene Praxis aber auch bestünde, so wäre sie entschieden unrichtig. Denn einmal läßt sich, wie Fecht[69] mit Recht ausführt, nicht annehmen, daß jene ältern Gläubiger überhaupt ihre Forderungen wieder geltend machen wollen, sodann, und dieß ist die Hauptsache, ist mit der Vertheilung der Masse das Gantverfahren abgeschlossen, und was in demselben verhandelt worden, kann weiter hinaus keine von Amtswegen zu berücksichtigende Wirkung mehr äußern. Solche Akten sind daher gerade so zu behandeln, wie die Akten eines erledigten Civilprozesses.

7) Gegen den in dem Kollegialvortrag aufgestellten Satz, daß die Vermögensuntersuchung zu den Gerichtsakten im Sinne der Novelle zu rechnen, und daß demnach alle in derselben vorkommenden Forderungen von Amtswegen zu berücksichtigen seyen, (der Hr. Verfasser des Kollegialvortrags nennt übrigens nur die von dem Gemeinschuldner angegebenen) erheben sich mehrfache Bedenken. Indessen wird dieser Satz auch anerkannt von Bolley.[70]

---

[69] A. a. O. S. 137.

[70] Entw. u. Antr. Bd. 2, §. 1755 a. Vergl. dagegen §. 1781 a.

Der Zweck der Vermögensuntersuchung ist die gründliche Erhebung und vollständige Darstellung des gesammten Vermögens- und Schuldenstandes des Gemeinschuldners, so daß das Gericht in der Lage ist, auf diesen Akt hin zu beurtheilen, ob der Gant zu erkennen sey oder nicht.[71] Der Gemeinschuldner muß daher auch über sämmtliche gegen ihn vorliegende Ansprüche gehört werden, und nicht selten wird er selbst noch einige weitere Forderungen angeben, die vorher nicht bekannt waren. Demnach wird eine gründliche Vermögensuntersuchung in der Regel den ganzen Passivstand umfassen; wenn nun alle in derselben vorkommenden Forderungen von Amtswegen beachtet werden müßten, so wäre der Präklusivbescheid in den meisten Fällen rein illusorisch, und man käme durch jenen Satz in einen Widerspruch mit den bisher dargestellten Grundsätzen, soferne die Vermögensuntersuchung alle oder wenigstens sehr viele solche Ansprüche enthält, die aus andern, als Gerichtsakten im Sinne der Novelle erhoben worden sind. Und vollends nicht einzusehen ist, warum Gläubiger von denen man gar nichts weiß, als was die verdächtigen Angaben des Gemeinschuldners enthalten, Gläubiger, die erfahrungsgemäß von dem Gante gar nichts wollen, wie z. B. Handwerksleute mit kleinen Forderungen, besser daran seyn sollten, als solche, die man aus erledigten Prozeßakten, aus dem Schuldklagprotokoll, Güterbuch ꝛc. kennt. Das Richtige ist hier gewiß, wenn man, den oben angeführten Zweck der Vermögensuntersuchung festhaltend, davon ausgeht, daß diese bloß den Aktiv- und Passivstand darstellen, aber nichts Neues schaffen, den Gläubigern nicht mehr Recht geben solle, als sie ohne dieselbe hatten. Demnach werden zwar in jeder Vermögensuntersuchung Forderungen vorkommen, die von Amtswegen zu berücksichtigen sind; aber sie sind vom

---

[71] Volley, Betrachtungen S. 416, 33 Aufsätze S. 308 u. ff. Reinhardt, die Lehre vom Gant §. 94.

Präklusivbescheid nicht deßhalb ausgenommen, weil sie in der Vermögensuntersuchung stehen, sondern weil sie aus Gerichtsakten im Sinne der Novelle erhoben worden sind. Alle diejenigen Forderungen, bei denen Letzteres nicht der Fall ist, werden vom Ausschlußerkenntniß betroffen, mögen sie in der Vermögensuntersuchung enthalten seyn oder nicht.[72]

Daß die von den Gläubigern angemeldeten und in Folge dessen in die Vermögensuntersuchung aufgenommenen Forderungen nicht unter den Präklusivbescheid fallen, versteht sich von selbst, denn derlei Anmeldungen erscheinen als Liquidationsrezesse im Sinne des §. 166 des IV. Edikts vom 31. Dezember 1818; eine besondere Form für solche Rezesse ist nirgends vorgeschrieben.

8) Außer den bisher angeführten Büchern und Akten gibt es noch weitere, in das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit fallende Urkunden, die in jedem Gante eine sehr erhebliche Rolle spielen. Dieß sind die Beibringensinventuren und Verlassenschaftstheilungen. Die größte Wichtigkeit haben dieselben in Beziehung auf die Ansprüche der Ehefrauen und Kinder der Gemeinschuldner. Hinsichtlich dieser beiden Arten von Gläubigern ist jeder Streit darüber, ob die genannten Dokumente zu den Gerichtsakten zu zählen seyen, unpraktisch, weil der §. 168 des IV. Edikts mit klaren Worten vorschreibt, daß die Ansprüche der Frauen und Kinder bei der Liquidation erörtert werden müssen (natürlich soferne nicht auf solche rechtsgiltig verzichtet wird). Kommen aber in jenen Urkunden noch andere Ansprüche vor, z. B. von Erbschaftsgläubigern, von den Eltern der Eheleute, so dürfen diese nach den bisher ausgeführten Grundsätzen nicht von Amtswegen berücksichtigt, sondern sie müßen unter den Ausschlußbescheid gestellt werden.

---

[72] Fecht, a. a. O. S. 134—135. Bazing, die Gesetze und Verordnungen über das Gantwesen S. 86—87, Note 3.

Endlich ist der Pflegschaftsakten zu erwähnen; deren Inhalt kann namentlich dann von Bedeutung werden, wenn der Gemeinschuldner als Pfleger sich einen Kassenrest hat zu Schulden kommen lassen. Derartige Ansprüche können nicht ausgeschlossen, sondern müssen von Amtswegen beachtet werden, weil die Pflegrechnungen den Zweck haben, das Vermögen, also insbesondere die gegenwärtigen Forderungen der Pfleglinge darzuthun, und weil die Vormundschaftsbehörden (Waisengerichte und Oberamtsgerichte — letztere als Aufsichtsbehörden) die amtliche Obliegenheit haben, das Interesse der Kuranden zu wahren.[73]

Wenn nun aber bei der Anwendung der in dem Kollegialvortrag aufgestellten Thesis auf die verschiedenen Arten von öffentlichen Büchern und Urkunden sich so vielerlei Bedenken und Anstände erheben, so ist hieraus wohl der Schluß zu ziehen, daß man mit dem Grundsatz der Gegenwärtigkeit nicht ausreicht. Und was ist denn unter gegenwärtigen Forderungen zu verstehen? Der Herr Verfasser des Vortrags begreift darunter nach §. 8 solche Ansprüche, bezüglich deren aus den Gerichtsbüchern hervorgehe, daß sie von den Gläubigern gegen den Kridar geltend gemacht oder sich zugeschrieben werden. Hier scheinen zwei Seiten, die sich bei jeder Forderung unterscheiden lassen, nicht gehörig auseinandergehalten zu seyn, nämlich das Daseyn oder Bestehen der Forderung und deren Realisirung, wodurch sie erst Fleisch und Bein bekommt. Würde unter gegenwärtiger Forderung eine solche verstanden, welche vom Gläubiger geltend gemacht, d. h. realisirt werden will, so würde der Kollegialvortrag so ziemlich mit der Sarwey'schen Ansicht zusammenfallen. Wenn aber alle diejenigen Ansprüche als gegenwärtige, d. h. als von Amtswegen zu berücksichtigende bezeichnet werden, deren bloße Existenz, sey

[73] Vergl. Landesordnung vom 11. November 1621, Titel 42.

diese nachgewiesen oder bloß behauptet, aus den Gerichtsakten hervorgeht, so führt dieß zu weit, weil viele Tausende von Forderungen vorhanden seyn können, ohne daß es in der Absicht ihrer Inhaber liegt, sie zu verfolgen. Richtiger ist es gewiß, wenn man, wie dieß im Wesentlichen Sarwey thut, fordert: es müsse aus den gerichtlichen Akten oder Urkunden hervorgehen, daß ein Anspruch zur Existenz gelangt sey oder wenigstens von dem Gläubiger sich zugeschrieben werde, ferner daß der Gläubiger auf irgend eine Weise zu erkennen gegeben habe, daß er die Forderung realisirt wissen wolle, und endlich, daß keine Umstände vorhanden seyen, welche für das Erloschenseyn der ersten oder zweiten Bedingung sprechen, d. h. daß keine Gründe vorliegen, welche zu der Annahme berechtigen, daß entweder die Forderung getilgt oder die Absicht ihrer Verwirklichung von dem Gläubiger wenigstens für jetzt aufgegeben sey. Allerdings fehlt es bei dieser Ansicht an einem bestimmten Prinzip, welches für alle Fälle den Ausschlag geben würde; allein ein solches Prinzip ist eben überhaupt nicht vorhanden, sondern ob die Bedingung der Präklusion vorliege oder nicht, diese Frage beantwortet sich nach den besonderen Umständen jedes einzelnen Falles, diese hat der Richter zu prüfen und zu würdigen uud die Betheiligten werden dabei sicher besser fahren, als wenn alle sich ergebenden Fälle in dic Zwangsjacke irgend eines Prinzips hineingesteckt werden wollten.

§. 10.

An diese Ausführung mag sich zum Schlusse noch folgender Fall anreihen, in welchem der mehrerwähnte §. 32 der Justiznovelle vom 15. September 1822 wenigstens theilweise zur Erörterung kam.

Von sieben Solidarschuldnern war der Schuldner A. in Gant gerathen, in welchem unter Vorlegung der Schuldurkunde dessen Schuldantheil liquidirt wurde; die Forderung fiel aber wegen Massemangels durch. Es wurde

nun der Regreß an die übrigen sechs Solidarschuldner genommen und von denselben auch theilweise Zahlung geleistet, als vor gänzlicher Berichtigung der Schuld ein zweiter Solidarschuldner B. in demselben Gerichtsbezirk in Gant gerieth. Bei der Schuldenliquidation im Gante des B., der auch für seinen Antheil keine Zahlung geleistet hatte, wurde neben seiner Quote unter Hinweisung auf die solidarische Haftbarkeit für die übrigen Mitschuldner der sechste Theil der im Gante des A. durchgefallenen Forderung liquidirt. Längere Zeit nachher und nachdem der Ausschlußbescheid in dem Gante des B. längst erlassen war, geriethen ebenfalls in demselben Gerichtsbezirke zwei weitere Solidarschuldner C. und D. in Gant und es zeigte sich in Folge erhobener Schuldklage, daß ein Theil der Erben eines längst vor dem Gante des A. verstorbenen Mitschuldners E. gleichfalls zahlungsunfähig war. Es wurde deßhalb an das Oberamtsgericht der Antrag gestellt, die bei den Mitschuldnern C. und D. und einem Theile der Erben des E. uneinbringliche Summe auf den Grund der solidarischen Haftung des Gläubigers B. in dem Gante dieses letztern zu verweisen. Es wurde sich hiebei auf die Vorschrift des §. 32 der Justiznovelle, daß die Ansprüche bekannter Gläubiger, welche aus den Gerichtsakten ersichtlich seyen, von Amtswegen berücksichtigt werden müssen, berufen und eventuell wurde Wiedereinsetzung in den vorigen Stand deßhalb beansprucht, weil sich die Insolvenz der anderen Mitschuldner C. und D. und eines Theils der Erben des E. erst nach der Liquidation in der Gantsache des B. herausgestellt habe, auch nach dem Anschlage des Liegenschaftsvermögens des B. in seinem Gante keine Hoffnung auf Befriedigung vorhanden gewesen sey, was sich in Folge des unerwartet günstigen Verkaufs desselben anders herausgestellt habe. Es war nemlich im Gante des B. bei der Liquidationstagfahrt ein Vergleich abgeschlossen worden, der sich aber später in Folge des Widerspruchs eines Gläubigers und

anderer Umstände wieder aufhob, worauf der Verkauf der Liegenschaft gerichtlich angeordnet wurde, welcher ein so glückliches Resultat ergab, daß die ganze Forderung wenn sie liquidirt worden wäre, zum Zug gekommen seyn würde.

Der Gerichtshof in Tübingen hat nun in Konformität mit dem Oberamtsgericht U. am 17. April bez. 15. Mai 1857 abweisend erkannt, und es lauten die Entscheidungsgründe des Gerichtshofs folgendermaßen:

Mit Recht hat der vorige Richter angenommen, daß die von der Apellantin über den Belauf der ursprünglich liquidirten Forderung erst 8 Monate nach der Schuldenliquidation erhobene Nachforderung von 190 fl. 28 kr. zu spät vorgetragen, nemlich durch den am 17. März bez. 13. Juni 1856 ergangenen Ausschlußbescheid betroffen worden sey. Es folgt dieß aus den nachstehenden Erwägungen:

1) Zunächst kann nicht bezweifelt werden, daß, nachdem die Appellantin an einer Forderung, für welche der Gemeinschuldner mit 5 Mitschuldnern solidarisch haftete, bei der Schuldenliquidation ausdrücklich nur $^1/_6$ in Anspruch genommen hat, die nachträgliche Erhöhung des Anspruchs keines Wegs bloß eine (nach §. 86, Schlußsatz des IV. Edikts erlaubte) Richtigstellung der anfänglichen Liquidation, sondern daß sie einen förmlich neuen, seither nicht liquidirten Anspruch enthält. Nun ist derselbe nicht bloß darum, weil eine seither nicht liquidirte Mehrforderung von 190 fl. und Zinsen nunmehr erst erhoben wird, sondern auch weil diese Nachforderung auf dem Fundamente der Solidarität, welche bei der ursprünglichen Liquidation nicht als Rechtsgrund aufgestellt sondern nur beiläufig erwähnt wurde, als einem neuen Klagegrund beruht, endlich weil bei der nachträglichen Liquidation die Einlassung und Vertheidigung der Mitgläubiger in Folge der zur Sprache kommenden Zahlungen der Mitschuldner und der Theilungseinrede eine

wesentliche wird.[74] Es handelt sich somit um eine vor dem Ausschlußbescheid nicht liquidirte neue Forderung.

2) Das rechtliche und thatsächliche Fundament derselben, nemlich die Verbindlichkeitserklärung des Gemeinschuldners für das Ganze, war nun allerdings dem Oberamtsgerichte, wenn nicht schon von früheren Veranlassungen, so jedenfalls durch die Schuldenliquidation vom 11. März 1856, bei welcher die Liquidantin der Solidareigenschaft des Gemeinschuldners erwähnte, aktenmäßig bekannt. Nicht aber war demselben bekannt die Konklusion hieraus, daß nunmehr die Konkursmasse das Ganze zu bezahlen habe. Im Gegentheil hat die Liquidantin damit, daß sie im Bewußtseyn der solidarischen Verpflichtung des Gemeinschuldners gleichwohl nur 1/6 forderte, deutlich zu erkennen gegeben, daß sie den ganzen Umfang ihres Rechts nicht zur Geltung bringen wollte. Ebenhierin liegt aber der Grund, warum die Liquidantin nicht unter diejenigen bekannten Gläubiger zu rechnen ist, welche nach §. 32 der Justiznovelle vom 15. September 1822 von dem Ausschlußbescheide ausgenommen sind, warum sie vielmehr für präkludirt zu halten ist.

3) Denn mag man auch die Ansicht Scheurlen's[75] nicht unzweifelhaft finden, daß nach dem gedachten §. 32 nur solche aus den Gerichtsakten bekannte Forderungen dem Ausschlußbescheide nicht unterliegen, welche gegen den Gemeinschuldner gerichtlich klagbar gemacht worden seyen, so ist doch in Mitte der über den §. 32 entstandenen Streitfragen soviel allerseits unbestritten, daß in dieser Gesetzesvorschrift dem Richter nicht die Pflicht auferlegt werden wollte, einen Gläubiger von Amtswegen zu berücksichtigen und dessen Forderung zum Beweis zu verstellen, welcher selber nicht berücksichtigt seyn will.

Mit solcher Vermuthung wäre ein Fundamentalgesetz jedes civilrichterlichen Verfahrens untergraben, nämlich

[74] Bayer, Civilprozeß S. 549 ff.

[75] In Hofacker's Jahrbüchern S. 235 ff.

daß ohne Kläger kein Richter sey, während die Geschichte des Gesetzes zeigt, daß die Bestimmung nur solchen Gläubigern zu gut kommen sollte, welche ihre Rechte zur Anerkennung gebracht wissen wollen, aber im Vertrauen darauf, daß das Gericht ihren Anspruch bereits kenne und berücksichtigen werde, den Liquidationstermin versäumen. Es ließe sich auch nicht im Mindesten eine gesetzgeberische Rücksicht denken, welche den Richter anhalten sollte, die Gläubiger zur Geltendmachung von Forderungen, welche sie aus freien Stücken gegen die Masse nicht erheben wollen, besonders zu ermahnen oder gar dieselben ohne der Gläubiger Einwendung von Amtswegen zu lociren. [76]

4) Somit konnte das Verfahren, welches nach §. 32 der Novelle gegenüber von solchen Gläubigern, die, obwohl aus den Gerichtsakten bekannt, doch sich seither noch nicht erklärt haben, eingehalten werden solle, und wonach dieselben erst noch eine abermalige Aufforderung insbesondere zum Beweis ihrer Forderungen erhalten sollen, der von der Liquidantin absichtlich nicht liquidirten Forderung gegenüber keine Anwendung finden, woraus sich von selbst ergibt, daß dieselbe dießfalls von dem Ausschlußbescheide betroffen worden ist.

---

4) Kompetenz und Beweislast, wenn bei einem Ablösungsstreit die Frage bestritten ist, ob eine privatrechtliche Verbindlichkeit zu besonderen Leistungen ausschließlich auf Zehenten und Gefällen oder auch auf anderem Eigenthum ruhe?

(Von Oberjustizrath Dr. Kübel.)

Nach Art. 14 des Gesetzes vom 14. April 1848 betreffend die Beseitigung der auf dem Grund und Boden

[76] Vergl. Sarwey, Monatschr. Bd. 1, S. 211. Scheurlen, a. a. O. S. 235—238.

ruhenden Lasten, wodurch die aus dem Lehen- und Grundherrlichkeitsverband entspringenden bäuerlichen Lasten, unter Aufhebung dieses Verbandes selbst, für ablösbar erklärt worden sind, sollen, wenn auf den zur Ablösung kommenden Gefällen besondere Lasten ruhen, die bei Erfüllung dieser Verbindlichkeiten betheiligten Personen oder Körperschaften durch verhältnißmäßige Zuscheidung von Ablösungskapitalien entschädigt werden. Deßgleichen bestimmt der Art. 27 des Gesetzes vom 17. Juni 1849, betr. die Ablösung der Zehenten, daß für privatrechtliche Verbindlichkeiten zu besonderen Leistungen, welche auf dem Zehentbezug haften — wohin insbesondere Kompetenzen von Geistlichen, Lehrern und Meßnern, Baulichkeiten von Pfarrkirchen, Kapellen, von Pfarr-, Schul- und Meßnerhäusern, auch für Friedhöfe, sonstige Kirchen- und Schulrequisiten und die Faselviehhaltung gerechnet werden — eine Abfindung aus dem Ablösungskapital geschöpft werden solle. Diese Abfindung der Lastenberechtigten soll jedoch nach Art. 41 des Zehentablösungsgesetzes nur dann stattfinden, wenn eine Verbindlichkeit auf dem Zehenten allein lastet, — und dasselbe wird gelten müssen, wenn die Verbindlichkeit ausschließlich auf Zehenten und Gefällen haftet, da die auf Gefällen haftenden Lasten schon durch das Gesetz vom 14. April 1848 für ablösbar erklärt sind [1] — während die Abfindung der zugleich auf

[1] Ueber die, im Streitfalle der Kognition der Ablösungsbehörde anheimfallende Frage, ob eine Last, welche zugleich auf Zehenten und auf Lehens- oder grundherrlichen Gefällen haftet, ablösbar ist, herrscht im Hinblick auf den Art. 41 des Zehentablösungsgesetzes Streit. Es ist diese Frage jedoch zu bejahen, wie auch der K. Geheimerath auf den Grund des Gesetzes vom 14. April 1848 für die Ablösbarkeit sich ausgesprochen hat, und wie ebenso der Art. 2 des Entwurfs des Komplexlastengesetzes vom 1. Okt. 1861 und der Art. 1 des Entwurfs v. 31. Juli 1861 durch die Bestimmung bestätigt, daß Leistungen, welche auf Zehenten und Gefällen zugleich haften, nicht unter das neue Komplexlastengesetz fallen, sondern nach den bestehenden Ablösungsgesetzen zu behandeln seyn sollen, eine Bestimmung, welche

anderem Eigenthum ruhenden Leistungen, der sogenannten Komplexlasten, einem späteren, bis jetzt nicht zu Stand gekommenen, Gesetze vorbehalten geblieben ist. Um die Abfindung einer Verbindlichkeit zu Leistungen der fraglichen Art beanspruchen zu können, muß daher feststehen, daß sie auf Zehenten und Gefällen allein geruht hat, und nicht zugleich auch auf anderem Eigenthum haftet, oder an den Besitz von weiterem Eigenthum geknüpft ist. Nun ist aber die nach Maßgabe der genannten Ablösungsgesetze den Lastenberechtigten auszuwerfende Abfindung bekanntlich durchaus ungenügend und dem wirklichen Werth ihrer bisherigen Berechtigung nicht entsprechend, was zur natürlichen Folge hat, daß die Lastenberechtigten gegen die Abfindung sich sträuben und zu diesem Zwecke die fraglichen Lasten wo möglich als Komplexlasten darzustellen suchen, während umgekehrt die Lastenverpflichteten, welche für ihre Zehenten und Gefälle mit unzureichenden Ablösungskapitalien sich begnügen mußten, nun auch ihrerseits der Vortheile der Ablösungsgesetze durch die Abfindung der ihnen obliegenden Lasten zu Theil zu werden suchen, und daher die Verhaftung weiteren Eigenthums außer ihren abgelösten Zehenten und Gefällen in Abrede ziehen. So kommt es, daß viele Streitigkeiten lediglich darüber entstehen, ob eine Last auf den Zehenten und Gefällen des Lastenverpflichteten allein oder zugleich auch oder ausschließlich auf anderem Eigenthum desselben hafte.

A. Kompetenz bei solchen Streitigkeiten.

Entsteht ein solcher Streit, so ist derselbe von den ordentlichen Civilgerichten zu entscheiden. Denn nach all-

nach den Motiven und den Aeußerungen des Departementschefs bei der Berathung des erstgedachten Entwurfs in der Kammer der Abgeordneten gerade dazu dienen sollte, die kontroverse Frage, ob der Art. 41 des Zehentablösungsgesetzes der Ablösbarkeit einer Leistung, die nicht auf Zehenten allein, sondern auf Zehnten und Grundgefällen hafte, entgegenstehe, verneinend zu entscheiden.

gemeinen Grundsätzen gehört derselbe, sofern es sich dabei lediglich um den Umfang und die rechtliche Natur einer privatrechtlichen Verbindlichkeit handelt, dem privatrechtlichen Gebiete an; und durch die Bestimmungen der Ablösungsgesetze (Art. 17 des Gesetzes vom 14. August 1848, Art. 55 und 66—68 des Zehentablösungsgesetzes vom 17. Juni 1849 und Art. 11, 12 des Gesetzes B vom 24. August 1849) sind nur solche Streitigkeiten, die über deren Auslegung und Anwendung entstehen, der Ablösungskommission zur Entscheidung zugewiesen worden, während Streitigkeiten über das Recht auf eine gewisse Leistung und über den Umfang desselben den ordentlichen Gerichten vorbehalten geblieben sind. In den Motiven und Instruktionen zu den Ablösungsgesetzen ist hierüber bemerkt, es solle die Ablösungskommission zu einer richterlichen Instanz bestellt seyn für Streitigkeiten über die Vollziehung, Auslegung und Anwendung der Ablösungsgesetze, für Streitigkeiten über das Vorhandenseyn der Bedingungen der Ablösbarkeit einer Abgabe oder der darauf ruhenden Lasten. Der gerichtlichen Verhandlung und Entscheidung aber sollen vorbehalten bleiben Streitigkeiten über das Recht auf den Bezug einer Abgabe oder einer Leistung, möge nun das Recht überhaupt oder nur der Umfang desselben bestritten seyn, Streitigkeiten über das Bestehen einer angesprochenen Berechtigung oder über deren Umfang oder über die Person des Berechtigten.[2] Zu den Streitigkeiten der letzteren Art gehört die Frage, in welchem Umfange das Vermögen des Lastenverpflichteten verhaftet, an welche Vermögenstheile die Verbindlichkeit zu den fraglichen Leistungen geknüpft ist und dem entsprechend ist im §. 46 der Hauptinstruktion zu dem Zehentablösungsgesetz vom 22. März 1850 ausdrücklich als der Entscheidung des ordentlichen Civilrichters

---

[2] Vergl. Schwarz, Grundlastenablösungsgesetz S. 23, 65, 240. Derselbe, Zehentablösungsgesetz S. 307—309, 364. Derselbe, neueste Ablösungsgesetze S. 98.

zufallend erklärt, wenn darüber Streit ist, ob eine Last auf dem Zehenten allein oder zugleich auf anderem Eigenthum ruhe. Das Obertribunal hat daher auch in einer Reihe von Fällen [3] stets die Kompetenz des ordentlichen Civilrichters anerkannt, wenn darüber Streit war, ob eine Last allein auf Zehenten und Gefällen, oder zugleich oder ausschließlich auf anderem Eigenthum des Verpflichteten hafte. Seiner Entscheidung unterliegt aber lediglich diese Vorfrage an und für sich und abgesehen von ihren Folgen für die Ablösung oder Fortdauer der fraglichen Last. Denn für diese Folgen sind die Bestimmungen der Ablösungsgesetze maßgebend, deren Anwendung und Auslegung der Ablösungskommission zugewiesen ist. Letztere hat daher, wenn nach Feststellung des Umfangs, in welchem das Eigenthum des Verpflichteten für verhaftet zu erkennen ist, über die Folgen dieser Entscheidung für die Frage von der Ablösung noch Streit herrscht, diese zu bestimmen. Die Kompetenz des Richters erstreckt sich nur auf den Präjudizialpunkt, das Ziehen der Konsequenzen daraus, soweit solche durch die Ablösungsgesetze bestimmt werden, also die Entscheidung darüber, ob die von den Gerichten ihrem Bestand und Umfange nach festgestellte Last nach dieser Feststellung von den Ablösungsgesetzen betroffen wird und somit abzulösen ist oder nicht, fällt im Falle eines Streits hierüber der

[3] Entsch. des Obertribunals vom 29. Okt. 1851 in S. Qu. c. J.; vom 7. Febr. 1855 in S. v. P. c. St.; vom 31. Okt. / 22. Nov. 1856 in S. S. B. c. G.; vom 15./17. Juli 1857 in S. B. c. J.; vom 21. Juli 1857 in S. M. c. R.'sche Gläub.; vom 16. April 1858 in S. L. c. B.; vom 23. Febr. 1859 in S. v. E. c. D.; vom 5. März 1859 in S. v. B. c. J.; vom 11. März 1859 in S. Hosp. St. c. R.; vom 20. Mai 1859 in S. Hosp. E. c. W.; vom 18. April 1860 in S. Hosp. T. c. K.; vom 19. April 1860 in S. Hosp. T. c. W.; vom 19. April 1860 in S. Hosp. T. c. D.; vom 8. Januar 1862 (in Pleno) in S. Oe. W. c. B.; vom 14. Febr. 1862 in S. des Hosp. H. c. Pfarrei V.; vom 21. Febr. 1862 in S. v. P. c. Gemeinde St.

Ablösungskommission anheim. Demgemäß hat auch das Obertribunal in der am 21. Juli 1857 entschiedenen Rt. S. des Pfarrers M. c. die N.schen Gläubiger ausgesprochen, daß die Gerichte zwar zur Entscheidung über die in erster Linie bestrittene Frage, auf welchen Vermögenstheilen die Pfarrbesoldung in Frage hafte, zuständig seyen, die eventuell bestrittene Frage dagegen, ob die Besoldungslast, wenn sie als auf Zehenten und Gefällen ruhend erkannt würde, nach den Bestimmungen der Ablösungsgesetze ablösbar sey, der Ablösungskommission zur Entscheidung zufalle, da es sich hiebei lediglich darum handle, ob und in welcher Weise die Ablösungsgesetze rücksichtlich der auf Zehenten und Gefällen zugleich ruhenden Besoldungslast zur Anwendung und Vollziehung kommen können, ob die Bedingungen der Ablösbarkeit für die Pfarrbesoldung vorhanden, beziehungsweise in welcher Weise die Bestimmungen des Art. 41 des Zehentablösungsgesetzes auszulegen und anzuwenden seyen, Fragen deren Beantwortung die Ablösungsgesetze der Ablösungskommission zugewiesen haben. — Ebenso hat das Obertribunal am 11. März 1859 in S. des Hospitals St. c. die Pfarrei N. ausgesprochen, daß, wenn nach Feststellung der für eine Last verhafteten Vermögenstheile durch den ordentlichen Civilrichter die Fortentrichtung der fraglichen Leistung aus einem auf die Ablösungsgesetze gestützten Grunde bestritten werde, hierüber die Ablösungskommission zu entscheiden habe, und dasselbe wurde bei der Entscheidung vom 18. April 1860 in S. des Hospitals T. c. die Pfarrei K. anerkannt. —

An den ordentlichen Richter kann daher im Falle eines Streits über die Ablösbarkeit einer Leistung nur die Vorfrage zur Entscheidung gebracht werden, ob und auf welchen Vermögenstheilen des Verpflichteten die fragliche Verbindlichkeit ruht, und der Lastenberechtigte kann von dem Civilrichter nur eine Entscheidung darüber verlangen, daß der Pflichtige die Last als auf einem gewis-

sen, zu bezeichnenden Vermögenskomplex nicht blos auf Zehenten und Gefällen haftend, anzuerkennen habe,[4] der Lastenverpflichtete, daß die fragliche Last auf seinen Zehentten und Gefällen allein und auf keinem sonstigen Eigenthum hafte, der Besitz von Zehnten und Gefällen somit den einzigen Grund seiner Verbindlichkeit bilde.[5] Ist hierüber entschieden, und es besteht noch ein Streit, ob die Last unter die Ablösungsgesetze falle, und nach Maßgabe derselben im bejahenden Falle abzulösen, verneinenden Falls fortzuentrichten ist, so geht dieser weitere Streit an die hiefür zuständige Ablösungskommission, und es hat der Richter dieser die Entscheidung zu überlassen, ob die den Ablösungsgesetzen entnommene Einwendung gegen die Fortentrichtung einer Leistung für begründet zu erkennen oder zu verwerfen ist. Durch die Ablösungsgesetze ist die Entscheidung, ob eine Leistung von den Ablösungsgesetzen betroffen wird, und daher abzulösen, oder ob sie nicht unter dieselben fällt, und demzufolge nicht ablösbar also fortzureichen ist, der Ablösungskommission zugewiesen, sie ist daher die zur Entscheidung des Hauptstreits zuständige Behörde; dem ordentlichen Richter ist nur die für die Hauptentscheidung der Ablösungskommission präjudizielle Frage, ob die fragliche Leistung überhaupt besteht und in welchem Umfange, im Streitfalle zur Entscheidung vorbehalten, und nur hierüber kann dieser entscheiden. Nicht konsequent war es daher, daß das Obertribunal in der schon oben erwähnten, am 21. Juli 1857 entschiedenen At.S. des Pfarrers M. c. die R.'sche Gantmasse, obgleich dasselbe aussprach, daß die fragliche Besoldungslast nur auf Zehenten und Gefällen und auf keinem weiteren Eigenthum ruhe, und die unter den

[4] In dieser Weise wurde in der von dem Obertribunal am 5. März 1859 entschiedenen At. S. v. B. c. J. geklagt.

[5] So war das Petitum in der von dem Obertribunal am 20. Mai 1859 entschiedenen At.-S. des Hosp. E. c. die Pfarrei W. gestellt.

Parteien weiter bestrittene Frage, ob diese Besoldungslast als eine auf Zehenten und Gefällen zugleich ruhende Leistung nach den Bestimmungen der Ablösungsgesetze ablösbar seye, nicht dem Civilrichter, sondern der Ablösungsbehörde zustehe, dennoch die Beklagten verurtheilte, die Besoldung fortzureichen, insolange sie nicht von dieser Behörde eine andere Verfügung auswirke. Es wurde diese Verurtheilung darauf gegründet, daß die Frage von der Pfarrbesoldungsverbindlichkeit an sich der Kompetenz des Civilrichters anheimfalle und diese Verbindlichkeit erwiesen seye, die Weigerung der Beklagten aber, dieser Verbindlichkeit nachzukommen, insolange nicht gerechtfertigt erscheine, als sie nicht eine entsprechende Entscheidung der Ablösungsbehörde über ihre Einwendung, daß ihre Verbindlichkeit der Ablösung unterworfen sey, erwirkt habe. Allein nachdem einmal gegen die Verbindlichkeit zur Fortentrichtung der Besoldung eine Einwendung erhoben worden war, so mußte diese zuvor verworfen seyn, ehe der Beklagte zur Fortentrichtung verurtheilt werden konnte, und da jene Verwerfung durch den ordentlichen Civilrichter nicht erfolgen konnte, vielmehr die Entscheidung über fragliche Einwendung der Kompetenz der Ablösungskommission unterlag, so hätte der Civilrichter auf den Ausspruch darüber, auf welchem Vermögen die Last ruhe, sich beschränken, und die Entscheidung über die bestrittene Ablösbarkeit der so festgestellten Last an die zuständige Ablösungskommission verweisen sollen, durch welche Entscheidung dann die hiedurch bedingte Frage der Verbindlichkeit zur Fortreichung der Besoldung von selbst ihre Erledigung gefunden haben würde. Der Richter kann nicht sagen, ich bin zwar nicht kompetent, über deine Einwendung gegen die Klage zu entscheiden, aber eben weil ich inkompetent bin, mußt du zahlen, bis von dem kompetenten Richter etwas Anderes verfügt wird, vielmehr hat er, eben weil er für den streitigen Punkt nicht zuständig ist, jeder Verfügung hierüber

sich zu enthalten, und solche der zuständigen Behörde anheim zu geben.

Allerdings ist ein auf die Entscheidung der Frage von dem Umfange der Belastung des Vermögens des Lastenverpflichteten beschränkter Ausspruch des ordentlichen Civilrichters ohne Ziehung der Konsequenzen daraus für sich nicht vollstreckbar, es ist durch denselben nicht über den ganzen Streit entschieden; allein der Grund hievon liegt eben in den Kompetenzbestimmungen der Ablösungsgesetze, welche dem Civilrichter nur die Vorfrage, auf welchen Vermögenstheilen des Lastenverpflichteten eine Leistung ruht, also nur einen Präjudizialstreit zur Entscheidung zugewiesen, die Entscheidung darüber aber, ob eine Last je nach Entscheidung jener Vorfrage ablösbar ist oder nicht, der Ablösungskommission vorbehalten haben. Dieß scheint bei der Entscheidung des Obertribunals vom 18. April 1860 in S. des Hosp. T. c. K. nicht gehörig beachtet worden zu seyn, wenn dort für die Befugniß des ordentlichen Civilrichters, die Verurtheilung zur Fortentrichtung einer Leistung auch bei einem Streit über die Ablösbarkeit auszusprechen, geltend gemacht wird, daß die klagende Partei einen vollstreckbaren Urtheilsspruch verlangen könne. Der richtige Grund, warum in dem genannten Falle die Verbindlichkeit zur Fortentrichtung der Leistung im Urtheil ausgesprochen werden konnte, war vielmehr der, daß die Last durch das Erkenntniß des Obertribunals als eine Komplexlast erkannt wurde, für diesen Fall aber eine Einwendung gegen die Verbindlichkeit zur Fortleistung gar nicht erhoben worden war. Denn wenn gegen die Verbindlichkeit zur Fortentrichtung einer Leistung, falls sie nicht ausschließlich auf Zehnten und Gefällen haftet, keine oder doch keine der Entscheidung der Ablösungsbehörden unterliegende Einwendung vorgebracht ist, so steht nichts im Wege, im Falle des Ausspruchs, daß die Last auch auf anderem Eigenthum hafte, jene Konsequenz dieses Ausspruchs in den Tenor des richterlichen Urtheils mit auf-

zunehmen, da in diesem Falle keine Streitfrage vorliegt, welche zur Kompetenz der Ablösungsbehörden gehören würde. In diesem Sinne hat auch das Obertribunal in mehrfachen Entscheidungen die Verbindlichkeit zur Fortentrichtung von, seinem Ausspruche zufolge, nicht auf Zehenten und Gefällen allein haftenden Leistungen im Erkenntnisse ausgesprochen, [6] und dieß ausdrücklich damit begründet, daß die Fortreichung nur aus dem einzigen Grunde, weil die Verbindlichkeit eine Zehentlast, bestritten worden sey, nach Verwerfung dieser Unterstellung daher die Verbindlichkeit zur Fortleistung als nicht weiter bestritten erscheine. [7]

Wird die Fortreichung einer Leistung aus Gründen bestritten, welche mit den Ablösungsgesetzen nichts zu thun haben, z. B. wegen eines in Mitte liegenden Vertrags oder Verzichts, so versteht es sich von selbst, daß zur Entscheidung hierüber nur die ordentlichen Gerichte zuständig seyn können. Ebenso ist deren Zuständigkeit begründet, wenn, nachdem durch Anerkenntniß oder Urtheil festgestellt ist, daß die Verbindlichkeit zu gewissen privatrechtlichen Leistungen nicht unter die Ablösungsgesetze fällt, Ersatz wegen der, aus dem Grund ihrer angeblichen Ablösbarkeit verweigerten Leistungen für die Vergangenheit gefordert wird, da in diesem Falle keine Frage vorliegt, welche aus den Ablösungsgesetzen zu entscheiden wäre.

Anders verhält sich die Sache, wenn eine solche Ersatzklage erhoben wird, ehe die Frage von der Ablösbarkeit festgestellt worden. Zur Entscheidung über die

---

[6] Entsch. des Obertribunals vom 29. Okt. 1851 in S. Qu. c. J.; v. 7. Febr. 1855 in S. v. P. c. St.; vom 31. Okt./22. Nov. 1856 in S. S. B. c. G.; v. 15./17. Juli 1857 in S. v. B. c. Pfarrei J.; v. 23. Febr. 1859 in S. v. E. c. D.; v. 11. März 1859 in S. Hosp. St. c. R.; v. 18. April 1860 in S. des Hosp. T. c. Pfarrei K.; v. 21. Febr. 1862 in S. v. P. c. Gemeinde St.

[7] Vergl. insbes. die Entsch. v. 15./17. Juli 1857 in S. v. B. c. J. und v. 21. Febr. 1862 in S. v. P. c. Gemeinde St.

angestellte Ersatzklage an sich ist auch in diesem Falle nur der Civilrichter zuständig, sofern es sich um eine Entschädigung für verweigerte privatrechtliche Leistungen, also um einen an sich rein privatrechtlichen Anspruch handelt. Wenn aber dieser Ersatzklage entgegen gehalten wird, daß die Verbindlichkeit zu den verweigerten Leistungen unter die Ablösungsgesetze falle und hierüber Streit entsteht, so geht dieser Streit, insoweit dabei die Anwendung und Auslegung der Ablösungsgesetze in Frage kommt, an die Ablösungsbehörden, und muß von diesen entschieden werden, ehe über die Ersatzklage von dem Civilrichter entschieden werden kann. In dem vor die Ablösungskommission zu bringenden Streit über die Ablösbarkeit kann dann aber wieder die für die Ablösbarkeitsfrage maßgebende weitere Frage, auf welchem Eigenthum des Verpflichteten die fragliche Last ruhe, bestritten werden. Zur Entscheidung dieser Frage ist, wie gezeigt, der Civilrichter zuständig und es müßten daher die Parteien wieder an diesen verwiesen werden, um zunächst über die für die Ablösbarkeit präjudizielle Frage, welche Vermögensobjekte des Verpflichteten als belastet zu betrachten, eine Entscheidung herbeizuführen. Erst wenn dieß durch gerichtliches Erkenntniß festgestellt worden, würde dann die Ablösungskommission zu entscheiden haben, ob auf die so festgestellte Last die Ablösungsgesetze Anwendung finden, falls hierüber nach Feststellung der belasteten Objekte noch Streit bestünde, was ganz wohl denkbar ist, und erst nach dieser Entscheidung der Ablösungsbehörden könnte dann die Ersatzklage vor dem Civilrichter verhandelt und entschieden werden. In der Regel wird sich jedoch die Sache einfacher gestalten, sofern der Streit über die Ablösbarkeit sich darauf, ob die fragliche Verbindlichkeit auf Zehenten und Gefällen allein oder auch auf anderem Eigenthum haftet, reduziren, und für den ersteren Fall die Ablösbarkeit, für den letzteren Fall die Nichtablösbarkeit unbestritten seyn wird, unter welcher Voraussetzung der

ganze Streit der Kompetenz des ordentlichen Civilrichters anheimfällt. In Uebereinstimmung hiemit hat das Obertribunal in der am 8. Januar 1862 entschiedenen Rt.S. der St.-Herrschaft Oe.-W. c. B., in welcher es sich um den Ersatz des Werths von Besoldungsfrüchten handelte, deren Verabreichung aus dem Grunde, weil die Verbindlichkeit hiezu unter die Ablösungsgesetze falle, verweigert worden war, ausgesprochen, daß zur Entscheidung über die angestellte Ersatzklage der Civilrichter zuständig seye, sofern es sich um eine Entschädigung für verweigerte privatrechtliche Leistungen, also um einen an sich rein privatrechtlichen Anspruch handle. Nun ist zwar, sagen die Motive, dieser Klage entgegengehalten worden, daß die Verbindlichkeit zu den fraglichen Leistungen unter die Ablösungsgesetze falle, und nach Maßgabe derselben abzulösen seye, und soweit es sich bei einem Streit hierüber um die Auslegung und Anwendung der Ablösungsgesetze handelt, ist der ordentliche Civilrichter nicht zuständig, indem die Ablösungsgesetze Streitigkeiten über deren Auslegung und Anwendung der Ablösungskommission zur Entscheidung zugewiesen haben. Im gegebenen Falle herrscht jedoch darüber kein Streit, daß, wenn die Verbindlichkeit zur Verabreichung der fraglichen Besoldungsfrüchte auf den Zehenten und Gefällen der Beklagten allein gehaftet, diese der Ablösung unterliegen, sowie daß im andern Falle, wenn die Verbindlichkeit als auch auf weiterem Eigenthum ruhend, anzunehmen wäre, dieselbe nicht unter die Ablösungsgesetze fallen würde. Es liegt somit kein Streit über die Auslegung der Ablösungsgesetze und deren Anwendung auf die fragliche Verbindlichkeit vor, was allein die Zuständigkeit der Ablösungsbehörden begründen könnte.

B. Beweislast.

Wird ein Streit darüber an die Gerichte gebracht, ob eine Verbindlichkeit der vorgedachten Art auf Zehenten

oder Zehenten und Gefällen allein oder auch auf anderem Eigenthum hafte, so entsteht die in der Praxis sehr bestrittene Frage, wem die Beweislast obliege, ob dem Lastenverpflichteten, welcher nur die von ihm besessenen Zehenten und Gefälle als mit fraglicher Verbindlichkeit belastet zugesteht, für diese Beschränkung der Last, oder dem Lastenberechtigten, welcher auch das weitere Vermögen des Verpflichteten als verhaftet beansprucht, für diesen weitern Umfang der Belastung. Wäre die Frage stets so, wie hier, gestellt worden und wie sie in der That gestellt werden muß, so würden vielleicht nicht so viele Zweifel bezüglich der Beweislast entstanden seyn. Denn daß derjenige, welcher die Belastung einer fremden Sache mit einer Verbindlichkeit behauptet, diese Belastung der Sache zu beweisen hat, wird wohl als eine feststehende Beweisregel allseitig anerkannt werden. Allein der richtige Gesichtspunkt bei unserer Beweislastfrage ist dadurch verrückt worden, daß man sich nicht an die — wie oben gezeigt — den ordentlichen Gerichten zur Entscheidung allein zugewiesene Streitfrage von dem Umfang der Belastung des Vermögens des Lastenverpflichteten gehalten, sondern die Frage der Ablösbarkeit der Last hereingezogen und daher die Frage so gestellt hat, ob der Lastenberechtigte die durch die Ablösungsgesetze aufgestellten thatsächlichen Voraussetzungen für die Nichtablösbarkeit, also für das Fortbestehen der Leistungsverbindlichkeit, oder der Lastenverpflichtete die Voraussetzungen für die Ablösbarkeit und damit für das Aufhören der Verbindlichkeit zur Fortleistung zu erweisen habe. Schon der Hinblick auf die Kompetenzvertheilung zwischen der Ablösungskommission und den ordentlichen Gerichten, wie solche oben dargelegt worden, hätte auf die Unrichtigkeit dieser Fragestellung aufmerksam machen können, da ja hienach die Frage der Ablösbarkeit nicht vor die ordentlichen Gerichte, sondern vor die Ablösungskommission gehört, und jenen bei einem Streit der fraglichen Art nur die Frage, auf welchem

Eigenthum des Verpflichteten die fragliche Verbindlichkeit ruht, zur Entscheidung zugewiesen, und die Frage der Ablösbarkeit nur der zufällige äußere Anlaß für die Erhebung des an den Civilrichter zu bringenden Streits, nicht aber Gegenstand desselben ist. Will man die Beweislastfrage entscheiden, so muß man vor Allem darüber im Klaren seyn, was es für eine Klage ist, welche als angestellt betrachtet werden muß, um beurtheilen zu können, was zur thatsächlichen Begründung der Klage, zum prozessualischen Klagegrund, gehört. Nur wenn dieß feststeht, läßt sich die Beweislast mit Sicherheit ausscheiden. Nun wird aber nach den Grundsätzen, wie sie von dem Obertribunal seit lange festgehalten werden, darüber ein gegründeter Zweifel wohl kaum bestehen können, um welche Klage es sich bei einem Streit der fraglichen Art handelt und allein handeln kann. Die Anrufung des ordentlichen Civilrichters kann nach dem bereits Ausgeführten nur zu dem Zwecke erfolgen, um eine Entscheidung darüber, welche Vermögenstheile des Verpflichteten als belastet zu betrachten sind, herbeizuführen. Demgemäß wird, je nachdem der Lastenberechtigte oder der Lastenverpflichtete klagt, die Klage dahin gehen müssen, im ersteren Fall, daß die Last nicht bloß auf Zehenten und Gefällen, sondern auch auf anderem Eigenthum des Verpflichteten, im letztern Fall, daß sie nur auf Zehenten und Gefällen und keinem weiteren Eigenthum ruhe. Wird die Klage so gestellt, wie sie eigentlich steis gestellt werden sollte, so kündigt sich dieselbe ebendamit als das an, was sie ist, d. h. als eine dingliche Klage, und zwar je nachdem sie von dem Lastenberechtigten oder Verpflichteten angestellt wird, als actio confessoria oder negatoria. Denn der erstere will einen Ausspruch, daß weiteres Eigenthum des Verpflichteten, als dieser zugibt, als belastet anerkannt werde, der letztere, daß sein weiteres Eigenthum außer Zehenten und Gefällen als frei von der fraglichen Last zu erkennen sey.

Zwar ist es eine bestrittene Frage, welche Natur die auf Zehenten oder anderem Eigenthum haftenden Lasten der fraglichen Art, und insbesondere die vorzugsweise hieher gehörige kirchliche Bau- und Besoldungslast haben, indem diese Lasten nicht immer als dingliche oder als Reallasten anerkannt werden, sondern von Manchen nur als persönliche Verbindlichkeiten betrachtet werden wollen.[8] Allein wenn gleich auch Lasten der fraglichen Art ohne eine dingliche Beziehung, somit als rein persönliche Verbindlichkeiten denkbar sind, so wird eine rein persönliche Verpflichtung zu Tragung der kirchlichen Bau- und Besoldungslast, weil ihr, wo nicht eine moralische Person die Verbindlichkeit übernommen, die nöthige Fortdauer und die erforderliche Sicherheit mangeln würde, mindestens sehr selten vorkommen, wie denn auch dem Verfasser dieses Aufsatzes aus seiner Erfahrung nur ein einziger und zudem sehr zweifelhafter Fall bekannt ist, in welchem das Obertribunal die vertragsmäßige Konstituirung einer

---

[8] So betrachtet z. B. Andreas Müller in s. Lexikon des Kirchenrechts v. Baulast S. 131 die Baupflicht des Besitzers von kirchlichem Zehenten als eine dem Zehentrecht anklebende Reallast, während Dalwigk, prakt. Erört. auserlesener Rechtsfälle S. 236, 251. diese Ansicht bestreitet, ohne jedoch selbst eine eigene Ansicht aufzustellen, und auch Gründler, über die Verb. zum Beitrag der Kosten zur Erhaltung und Wiederherstellung der Kultusgebäude S. 46, 47 solche in Zweifel zieht; G. L. Böhmer in s. auserles. Rechtsfällen Bd. 1, Abth. 2, Numm. 87, S. 701 aber sich bestimmt dahin ausspricht, daß die Verbindlichkeit des Besitzers von kirchlichem Zehenten zu Tragung der kirchlichen Baulast keine auf dem Zehenten ruhende dingliche Last ausmache, sondern als eine gesetzliche Pflicht der Inhaber von kirchlichen Zehenten anzusehen sey, welche so lange auf ihrer Kraft bestehe, als die Zehenten zu dem kirchlichen Vermögen gehören. Huck, in der Zeitschr. f. deutsches Recht Bd. 8, S. 326 ist dagegen der Ansicht, daß es lediglich eine That- und Beweisfrage sey, ob die kirchliche Baulast als persönliche oder dingliche, insbesondere als Reallast betrachtet werden müsse, daß in der Regel jedoch die Baulast die Natur einer Reallast angenommen habe. Vergl. auch Hummel, die Verb. der Zehentbesitzer §. 6, 7, 8.

rein persönlichen Kirchenbaupflicht angenommen hat.[9] Jedenfalls kann von einer rein persönlichen Verbindlichkeit da keine Rede seyn, wo die Verbindlichkeit an den Besitz gewisser Vermögenstheile oder Komplexe geknüpft ist, und nur Fälle dieser Art kommen bei unserer Frage in Betracht, welche die Beziehung der Verbindlichkeit auf Vermögen des Verpflichteten voraussetzt, und nur den kleineren oder größeren Umfang der Belastung des Vermögens, ob nämlich die Verbindlichkeit nur auf Zehenten und Gefällen des Verpflichteten allein, oder auch auf anderem Eigenthum desselben ruht, zum Gegenstand hat.[10] Für solche Fälle hat das Obertribunal, wenn dasselbe auch die in früheren Entscheidungen angenommene dingliche Natur der fraglichen Lasten in späteren Entscheidungen dahin gestellt gelassen hat,[11] daran stets fest-

[9] Entsch. v. 23./30. Okt. 1834 in S. M. c. M.; es führte diese Entscheidung zu vielen Verwicklungen und Anständen.

[10] Anders stellte sich die Frage bei der am 14. Febr. 1862 entschiedenen At. S. H. c. V., indem hier Seitens der bekl. lastenberechtigten Pfarrstelle geltend gemacht wurde, daß die in Frage stehende Pfarrbesoldungspflicht gar keine dingliche Beziehung habe, sondern eine rein persönliche Verbindlichkeit des besoldungspflichtigen Spitals seye, während von diesem behauptet wurde, daß die Besoldungslast ausschließlich auf ihrem zu V. besessenen Zehenten geruht habe. Die Beweislast blieb jedoch hier unentschieden, da der Beweis vollständig geführt war, daß die Verbindlichkeit stets mit dem Besitz des Zehenten verbunden gewesen.

[11] In mehreren älteren Fällen wurde die dem Besitzer von Zehenten und anderem Eigenthum obliegende kirchliche Bau- und Besoldungspflicht ausdrücklich für eine auf dem fraglichen Vermögen ruhende dingliche Last erklärt, so den 13. Febr. 1829 in S. S.-R.-D. c. kath. Kirchenrath, d. 1. Okt. 1830 in S. B. c. B., den 25. Jan. 1838 in S. Oe.-W. c. R., während in anderen Fällen sich damit begnügt wurde, die kirchliche Bau- und Besoldungslast als eine auf dem betreffenden Vermögen haftende, demselben anklebende oder anhängende und mit demselben auf Dritte übergehende Last zu bezeichnen, wie z. B. d. 20. Juli 1838 in S. v. E. c. H., d. 26. Okt. 1839 in S. St.-F.-B. c. R., d. 18. Febr. 1840 in S. R. c. St.-F.-B., d. 23. April 1850 in S. J. c. H.-L., d. 8. Juni 1850 in S. B. c.

gehalten, daß die dem Besitzer von Zehenten oder anderem Eigenthum als solchem obliegende Verbindlichkeit zur Tragung von Kirchen-, Pfarr- und Schulhausbaukosten, sowie von Besoldungen von Pfarrern und Schullehrern, weil sie dem Verpflichteten nur aus dem Grunde des Besitzes des fraglichen Vermögens obliege, ebendamit an dieses Vermögen insoferne gebunden seye, als lediglich die Thatsache seines Besitzes die Person des Verpflichteten und die Größe des Vermögens den Umfang seiner Verbindlichkeit bestimme, mit dem Aufhören des Besitzes als dem einzigen Grunde der Verbindlichkeit daher diese nothwendig von selbst hinwegfalle und ebenso als Anhang des fraglichen Vermögens mit solchem von selbst auf jeden neuen Besitzer übergehe. Hiemit hat das Obertribunal, wenn auch nicht mit ausdrücklichen Worten, so doch der Sache nach die auf Zehenten und anderem Eigenthum ruhenden Verbindlichkeiten der fraglichen Art für Reallasten erklärt; denn eine Verbindlichkeit zu gewissen wiederkehrenden Leistungen, welche dem jedesmaligen Besitzer von Grundvermögen oder diesem gleichgeachteten Rechten obliegt, und bezüglich deren somit das verpflichtete Subjekt lediglich durch die Thatsache jenes Besitzes bestimmt

---

E., v. 17. Januar 1852 in S. St.-F.-V. c. Sp., v. 22. Dez. 1854 in S. M. c. St.-F.-V., v. 20. Mai 1857 in S. B. c. St.-F.-V. — Bei den Entsch. des Obertribunals v. 7./25. Febr. 1851 in S. E. c. St.-F.-V. und v. 14. Febr. 1862 in S. H. c. V. wurde sich dahin ausgesprochen, daß, wenn man auch die durch den Erwerb von kirchlichem Vermögen begründete Verbindlichkeit zu Tragung kirchl. Baukosten u. s. w. nicht als eine auf dem Kirchenvermögen haftende dingliche Last betrachten wolle, jene Verbindlichkeit dem Verpflichteten doch jedenfalls nur aus dem Grunde des Besitzes von diesem Vermögen obliege, und an dieses Vermögen daher insoferne gebunden seye, als lediglich die Thatsache seines Besitzes die Person des Verpflichteten bestimme, die Verbindlichkeit des letzteren somit nur so lange dauern könne, als er im Besitze des betreffenden Vermögens sich befinde, und mit diesem auch die ihm anhängende Verbindlichkeit auf jeden neuen Erwerber von selbst übergehe.

wird, ist nichts anderes, als eine Reallast. Nun sind freilich die Ansichten über die rechtliche Natur der Reallasten bekanntlich sehr verschieden, indem sie die einen zu den dinglichen, die anderen zu den persönlichen Rechten, und wieder andere zu beiden zugleich zählen, [12] und in Folge dessen gehen auch die Ansichten darüber, welche Klagen, ob dingliche oder nur eine persönliche oder beide zusammen hier statt finden, auseinander. Die Praxis hat jedoch mit Rücksicht auf die unläugbare dingliche Beziehung der Reallasten die Anwendbarkeit dinglicher Klagen stets anerkannt, und demgemäß dem Lastenberechtigten zum Schutze seines Rechts die actio confessoria, dem Lastenverpflichteten, welcher die Freiheit einer Verbindung seines Vermögens von einer Reallast behauptet, eine actio negatoria utilis gegeben. [13] Am wenigsten kann dieß bei Lasten der fraglichen Art einem Anstande unterliegen, wenn man, wie von dem Obertribunal stets geschehen, davon ausgeht, daß die Verbindlichkeit zu Tragung der kirchlichen Bau- und Besoldungslast, wenn sie in dem Besitz von Zehenten oder anderem Eigenthum ihren Grund hat, sich der Regel nach nicht weiter erstreckt, als der Ertrag des belasteten Vermögens dazu reicht. [14] Hienach

---

[12] Die verschiedenen Ansichten aufzuzählen und zu besprechen ist hier nicht der Ort; vergl. hierüber Duncker, die Lehre von den Reallasten (1827) §§. 3 ff. Friedlieb, die Rechtstheorie der Reallasten (1860) S. 120 ff. Gerber, deutsches Priv.-Recht 3. Aufl., §. 168, Note 1. Hillebrand, deutsches Priv.-Recht §. 146, Note 6.

[13] Vergl. Hillebrand, a. a. O. §. 149, Ziff. II. und Note 14. Friedlieb, a. a. O. S. 224 ff., 314 ff., 322 ff. Mittermaier, deutsches Priv.-Recht Bd. 1, §. 173, Note 17. Von denjenigen, welche die Reallasten als reine Forderungsrechte betrachten, wird die Anwendbarkeit der confessorischen und negatorischen Klage freilich geläugnet, so insbesondere von Gerber, a. a. O. §. 170.

[14] In dieser Weise wurde sich ausgesprochen in den Entsch. des Obertribunals v. 22. Okt./14. Nov. 1839 in S. R. c. Ou.-J., v. 3. Juni 1848 in S. H.-B. c. M., v. 7. Juni 1850 in S. E. c. M., v. 12. Juni 1852 in S. H.-Oe. c. J., v. 13. August 1852 in S.

wird nicht nur die Person des Verpflichteten durch den Besitz des Vermögens, an welches die Bau- und Besoldungslast gebunden ist, bestimmt, sondern es wird auch der Umfang der Verbindlichkeit selbst durch die Größe dieses Vermögens begränzt, und es hat letzteres für jene ausschließlich zu haften. In dieser Verhaftung des betreffenden Vermögens liegt aber offenbar eine dingliche Radicirung der Verbindlichkeit auf demselben, welche die Anwendbarkeit der confessorischen und negatorischen Klage genügend begründet.[15]

Hievon ausgegangen bietet die Vertheilung der Beweislast für den Fall eines Streits darüber, ob eine Last der fraglichen Art ausschließlich nur mit dem Besitze von Zehenten und Gefällen verbunden seye, oder ob sie zugleich auf weiterem Eigenthum ruhe, keine großen Schwierigkeiten mehr dar. Denn wird von dem Lastenberechtigten die Verknüpfung einer Verbindlichkeit mit weiterem Eigenthum des Verpflichteten außer Zehenten und Gefällen geltend gemacht, so bildet diese Behauptung, wenn jener als Kläger auftritt, den Grund seiner Klage und ist demzufolge von ihm thatsächlich gehörig zu begründen und erforderlichen Falls zu erweisen. Klagt dagegen der Lastenverpflichtete, daß sein weiteres Eigenthum außer Zehenten und Gefällen als frei von einer Verbindung mit der fraglichen Last anerkannt werde, so bildet den Grund seiner Klage lediglich das Eigenthum, und Sache des Beklagten ist es, wenn er die Belastung dieses Eigenthums mit der privatrechtlichen Verbindung zu gewissen Leistungen behauptet, diese rechtsbeschränkende Thatsache zu begründen und zu erweisen. Wer somit auch als Kläger auftreten möge, der Lastenberechtigte oder der Lastenverpflichtete,

---

R. c. H.-K. und L. c. H.-K., v. 4. Febr. 1857 in S. H.-K. c. H., v. 20. Mai 1857 in S. B. c. St.-F.-B. Vergl. meine Ausführung in diesem Archiv Bd. 2, S. 54 ff.

[15] Seuffert, Archiv Bd. 5, Nro. 55.

stets ist es der erstere, welchem zu beweisen obliegt, daß weiteres Vermögen des letzteren belastet ist, als von diesem zugegeben werden will, wie dieß auch durch die Bestimmung des Art. 13 des Gesetzes vom 24. August 1849 anerkannt ist.

Nun liegt zwar allerdings dieses Verhältniß nicht immer so klar vor, indem von dem Lastenberechtigten, wenn dieser als Kläger auftritt, die Klage häufig nicht ausdrücklich auf die Anerkennung der Belastung von weiterem Eigenthum des Verpflichteten, als Zehenten und Gefällen gerichtet, sondern geradezu auf Fortreichung der bisherigen Leistungen geklagt wird, ohne die Frage, welches Vermögen des Verpflichteten als mit der fraglichen Verbindlichkeit verknüpft von ihm angesprochen werden will, in dem Klagevortrag zu berühren. Allein an der Natur der Klage wird hiedurch nichts geändert; die Klage ist, ob sie ausdrücklich darauf, daß das Eigenthum des Beklagten als mit der fraglichen Verbindlichkeit belastet, anerkannt werde, gerichtet, oder nur die als ein Ausfluß dieser Verbindlichkeit sich darstellende Leistung eingeklagt wird, eine confessorische Klage, und zu ihrer Begründung gehört in dem einen wie in dem andern Fall die Behauptung, daß und auf welchen Vermögensobjekten des Beklagten die fragliche Verbindlichkeit hafte. Denn das dem Anspruch unterliegende Rechtsverhältniß bildet den Klagegrund, aus welchem jener nur ein Ausfluß ist und dessen Anerkennung daher die nothwendige Voraussetzung für seine Durchsetzung bildet. Wird die Fortentrichtung einer Leistung aus dem Grund verweigert, weil solche als auf Zehnten und Gefällen haftend der Ablösung unterliege und es klagt der Lastenberechtigte in Folge dieser Weigerung auf die Fortreichung der Leistung, so liegt in dieser Klage von selbst die Behauptung, daß die Voraussetzungen für die Ablösbarkeit der fraglichen Verbindlichkeit nicht vorliegen, da sonst die Fortleistung nicht verlangt werden könnte. Zu diesen Voraussetzungen

der Nichtablösbarkeit gehört aber, daß die Verbindlichkeit nicht blos auf Zehenten und Gefällen, sondern auch auf anderem Eigenthum ruhe. Indem der Lastenberechtigte auf Verurtheilung des Verpflichteten zur Fortentrichtung der Leistung klagt, verlangt er daher ebendamit einen Ausspruch, daß die Last nicht blos auf Zehenten und Gefällen, sondern auch auf weiterem Eigenthum des Beklagten hafte. Zur Begründung der Klage gehört daher auch bei der auf Fortleistung gerichteten Klage die Bezeichnung des Eigenthums, welches als mit der fraglichen Verbindlichkeit belastet angesprochen werden will, und zur Durchführung der Klage der Beweis dieser Belastung als der das angesprochene Recht erzeugenden Thatsache.

Hiegegen ist zwar eingewendet worden, daß es zur Klagbegründung genügen müsse, wenn nur die bisherige Verabreichung der angesprochenen Leistung behauptet werde, und es daher auch nur des Beweises dieser seitherigen Leistung zur Durchführung des Anspruchs bedürfe. Wenn der Verpflichtete behaupte, daß er durch die Ablösungsgesetze von der bis dahin bestandenen Verbindlichkeit zur Fortleistung frei geworden sey und der Berechtigte mit der Ablösungssumme sich begnügen müsse, so seye dieß eine Einrede, welche der Verpflichtete durch die Behauptung, daß die Verbindlichkeit nur auf seinen Zehenten und Gefällen geruht, als der Voraussetzung für die Ablösbarkeit, zu substantiiren, und mit dieser Voraussetzung zu beweisen habe. Vor Erlassung der Ablösungsgesetze hätte der Lastenberechtigte nicht nöthig gehabt, seinen Anspruch auf eine bisher verabreichte Leistung näher zu begründen, man hätte ihm nicht zumuthen können, darzuthun, ob die Leistung eine blos obligatorische Verpflichtung oder ob und auf welchen Realitäten sie hafte. Erst durch die Ablösungsgesetze, welche die Ablösung von der ausschließlichen Belastung von Zehenten und Gefällen abhängig machen, und nur für die Ablösung seye jene Frage erheblich geworden. Wer diese beanspruche, müsse

daher auch jene von dem Gesetz aufgestellte Bedingung der Ablösung beweisen. Nicht der Berechtigte wolle für die Verbindlichkeit des Verpflichteten eine bestimmte rechtliche Natur ausgesprochen haben, für ihn seye es gleichgiltig, auf welchen Objekten die Verbindlichkeit hafte; sein Verlangen sey lediglich auf die Fortsetzung der bisherigen Leistungen gerichtet. Nur das auf die Ablösung der bis dahin bestandenen Last gerichtete Verlangen des Verpflichteten führe auf die Ermittlung der belasteten Objekte, nur der Verpflichtete sey es, welcher aus der Radizirung der Last auf bestimmten Objekten eine Einrede ableite, ihm müsse daher folglich auch obliegen, diese Radizirung als den thatsächlichen Grund seiner Einrede zu erweisen.

Allein diese Gründe für die gegentheilige Ansicht können nicht als stichhaltig erkannt werden. Unrichtig ist es gleich von vorneherein, wenn ganz allgemein gesagt wird, daß es zu Begründung einer Klage auf Fortsetzung von bisher verabreichten Leistungen nur der Berufung auf diese Leistungen bedürfe, und der Kläger nicht einmal zu sagen brauche, ob er eine obligatorische Verbindlichkeit oder ein dingliches Recht in Anspruch nehme. Letzterem stehe schon entgegen, daß bei einer Klage vor Allem gewiß seyn muß, was der Kläger will und worauf sein Anspruch gerichtet ist, da nur in diesem Fall der Richter beurtheilen kann, was für eine Klage als angestellt zu betrachten und was zu deren Begründung und ebendamit zum Obsieg des Klägers erforderlich ist. Die Klage darf daher nicht ungewiß lassen, ob eine Leistung als eine persönliche oder dingliche, ob sie insbesondere als eine Reallast angesprochen werden will, da, je nach dem das eine oder andere der Fall ist, die Klage eine andere ist und zu ihrer Begründung andere Thatsachen erforderlich sind. Ein Recht kann nicht in abstracto und abgesehen von dem unterliegenden Rechtsverhältniß in Anspruch genommen werden; vielmehr sind Gegenstand der Rechts-

verfolgung nur konkrete Rechte, und welches Recht der Kläger beansprucht, hat er des Näheren zu bezeichnen, und wie und warum es ihm zustehe, thatsächlich zu begründen. Es genügt nicht, zu sagen, daß ein Recht überhaupt bestehe, sondern es ist Sache des Klägers, näher darzulegen, was es für ein Recht ist, welches er anspricht, und durch welche Thatsachen dieses Recht erzeugt worden seyn soll. Daß der Kläger seinen Anspruch mit ausdrücklichen Worten als einen persönlichen oder dinglichen bezeichne, wird allerdings häufig nicht erforderlich seyn, da die Begründung der Klage regelmäßig einen Zweifel hierüber nicht übrig lassen wird. Allein gewiß muß stets seyn, was für eine Klage, ob eine persönliche oder eine dingliche angestellt, ob nur ein persönlicher Anspruch oder ein dingliches Recht zur Geltung gebracht werden will, da ohne diese Gewißheit die Klage eine dunkle und der Richter über sie zu verhandeln und zu entscheiden nicht in der Lage wäre. Bei einer Klage der fraglichen Art kann übrigens die Natur der Klage als einer dinglichen, auch wenn der Lastenberechtigte nur auf Fortsetzung der bisherigen Leistung klagt, nach dem bereits Ausgeführten gar nicht Gegenstand des Zweifels und die Frage nur die seyn, ob es genügt, wenn der Lastenberechtigte zu Begründung seines Anspruchs auf Fortentrichtung der bisherigen Leistungen lediglich auf die Thatsache der bisherigen Leistung sich beruft. Dieß ist aber zu verneinen. Denn die Leistung wird von dem Lastenberechtigten als eine dem Vermögen des Beklagten anhängende Last in Anspruch genommen; zu Begründung der Klage gehört daher, dem oben Ausgeführten zufolge, die Behauptung, daß die Leistung auf Vermögensobjekten des Beklagten und auf welchen hafte, und diese Verhaftung hat er daher auch, wenn und soweit es beklagter Seits bestritten wird, zu erweisen. Die seitherige Leistung ist, wenn es sich nicht um das Bestehen der Verbindlichkeit überhaupt, sondern darum handelt, auf wel-

chen Vermögensobjekten die Verbindlichkeit ruhe, ganz unerheblich, und kann daher zu Begründung einer Klage nicht dienen, welche, wenn sie auch nur auf Fortentrichtung der bisherigen Leistung ausdrücklich gerichtet ist, doch einen Ausspruch dahin, daß die fragliche Last nicht blos auf Zehenten und Gefällen, sondern auch auf weiterem Eigenthum des Beklagten hafte, als die Voraussetzung für die Durchsetzung des erhobenen Anspruchs auf Fortleistung bezwecken muß.

Wenn sodann weiter Gewicht darauf gelegt wird, daß lediglich durch die Ablösungsgesetze die Frage, auf welchen Realitäten die Verbindlichkeiten der fraglichen Art haften, Bedeutung erlangt habe, so ist dieß, abgesehen davon, daß der Anlaß einer Klage für die Frage von der Beweislast ohne Bedeutung ist, nicht einmal so unbedingt richtig. In sehr vielen Fällen war es allerdings vor den Ablösungsgesetzen für beide Theile ziemlich gleichgiltig, auf welchen einzelnen Objekten die Verbindlichkeit zu Leistungen der fraglichen Art ruhte, und der Streit drehte sich in der Regel nur darum, ob eine auf Vermögensbesitz des Verpflichteten radizirte Last überhaupt bestehe. Daher kam es, daß in den wenigeren Fällen eine Bezeichnung der einzelnen belasteten Objekte Seitens des Berechtigten erforderlich wurde. Allein auch vor den Ablösungsgesetzen konnte es für den Berechtigten nothwendig werden, seine Klage auf Fortleistung durch die Bezeichnung der einzelnen belasteten Objekte zu begründen und diese Belastung zu erweisen. Man setze z. B. den Fall, daß eine im Besitz des großen Zehenten eines Pfarrsprengels befindliche Gutsherrschaft bisher die Pfarrhausbaulast getragen habe. Nun verkauft sie den Zehenten und verweigert die ferneren Leistungen für den Pfarrhausbau, indem sie geltend macht, daß die Last auf dem verkauften Zehenten ruhe, und das in ihrem Besitz zurückgebliebene Vermögen nicht belastet sey. Hier hätte die berechtigte Pfarrei auch vor den Ablösungsgesetzen zu

Begründung der konfessorischen Klage gegen die Gutsherrschaft die Belastung des in deren Besitz gebliebenen Vermögens behaupten und diese Behauptung der Verneinung der Beklagten gegenüber erweisen müssen, ohne daß sie die Berufung auf die bisherigen Leistungen dieses Beweises hätte entheben können. Oder man setze den Fall, es sey das Besitzthum der genannten Gutsherrschaft, welche bis dahin die Pfarrhausbaulast getragen, in verschiedene Hände gekommen. Wer wird daran zweifeln, daß die Pfarrei, um einen einzelnen Besitzer auf Fortleistung in Anspruch nehmen zu können, zu Begründung der Klage hätte behaupten und im Verneinungsfall beweisen müssen, daß auf den in den Besitz des Beklagten gekommenen Objekten die Last hafte.

Die Behauptung des Verpflichteten, daß er durch die Ablösungsgesetze von der Verpflichtung zur Fortreichung der bisherigen Leistungen frei geworden und die Verbindlichkeit nach jenen Gesetzen abzulösen sey, ist allerdings eine Einrede. Allein es ist dieses eine aus den Ablösungsgesetzen zu beantwortende, den von dem Civilrichter zu entscheidenden Streit gar nicht berührende Einrede. Die Frage, ob eine Last von den Ablösungsgesetzen betroffen wird, oder nicht, ob sie nach Maßgabe derselben fortzureichen oder abzulösen sey, gehört nicht vor das Forum des ordentlichen Civilrichters, vielmehr hat hierüber die Ablösungsbehörde zu entscheiden. In dem Streit vor dem ordentlichen Richter kann es sich, wenn die Verbindlichkeit an sich nach Bestand und Umfang sonst nicht bestritten ist, nur darum handeln, auf welchem Eigenthum des Verpflichteten die fragliche Last ruht, in welchem Umfang das Vermögen des Verpflichteten verhaftet ist. Dieß zu behaupten ist aber, wie gezeigt, Sache des Lastenberechtigten, es gehört, wenn dieser eine Leistung als Ausfluß einer auf Vermögensobjekten des Lastenverpflichteten ruhenden Verbindlichkeit beansprucht, zur Begründung seiner Klage, den Umfang des in Anspruch

genommenen Rechts zu behaupten und die als belastet angesprochenen Objekte zu bezeichnen, und wenn der Verpflichtete bezüglich eines Theils seines als belastet angesprochenen Vermögens diese Belastung verneint, so ist dieß eine verneinende Einlassung und keine Einrede. Auf diese verneinende Einlassung wird zwar von dem Verpflichteten die im Streitfalle vor die Ablösungsbehörden gehörige Einrede gegründet, daß die fragliche Last unter die Ablösungsgesetze falle und daher zur Ablösung zu bringen seye. Allein dadurch, daß auf die Verneinung eines Theils des Klagegrunds eine Einrede gebaut wird, wird jene verneinende Einlassung nicht selbst zur Einrede. Eine unrichtige Auffassung ist es daher, wenn man die Ueberwälzung der Beweislast bezüglich des Umfangs der Belastung auf den Lastenverpflichteten damit zu begründen gesucht hat, daß ihm obliege, seine Einrede, daß er durch die Ablösungsgesetze von der bisher bestandenen Last frei geworden, thatsächlich zu begründen und zu beweisen. In dem von den Gerichten zu entscheidenden Streit handelt es sich überall nicht davon, ob und in wie weit der Verpflichtete von seiner bis dahin bestandenen Verbindlichkeit durch die Ablösungsgesetze frei geworden, sondern von der hievon ganz verschiedenen Frage, in welchem Umfang die Verbindlichkeit bisher bestanden, auf welchen Objekten die Last bisher geruht habe, und wenn hier der Lastenberechtigte die Belastung von weiteren Objekten behauptet, als der Verpflichtete zugibt, so hat jener diese Behauptung als einen Theil seines Klagegrunds zu erweisen.

Noch hat man für die gegentheilige Ansicht den Nothbehelf einer Präsumtion zu Hilfe genommen, indem geltend gemacht wurde, daß in dem Falle, wo eine Last von dem Verpflichteten inzwischen aus seinem Vermögen getragen worden, im Zweifel anzunehmen sey, daß sie auf dem ganzen Vermögen des Verpflichteten hafte, woraus sich ergebe, daß wenn der Verpflichtete die Beschrän-

kung der Last auf gewisse Vermögenstheile behaupte, der Beweis hiefür ihm obliege. Allein eine Verkehrung der Beweislast findet nur im Falle einer durch die Gesetze festgesetzten Rechtsvermuthung statt; eine Rechtsvermuthung der vorgedachten Art kennen aber die Gesetze nicht, und eine bloß faktische Vermuthung ist ohne Einfluß auf die Beweislast. Es ist zwar geltend gemacht worden, daß, wenn die Präsumtion nicht angenommen würde, ein Lastenverpflichteter möglicher Weise nach einander für alle einzelnen Theile seines Vermögenskomplexes negatorisch auf Freiheit klagen und obsiegen könnte, obgleich er das Bestehen der Verbindlichkeit zugestehen müßte. Allein ein solcher Erfolg könnte, sobald der Lastenverpflichtete das Bestehen der Verbindlichkeit und deren Radizirung auf in seinem Besitz befindlichen Vermögensobjekten überhaupt zugibt, nicht eintreten. Denn wenn der Verpflichtete zugeben muß, daß die fragliche Verbindlichkeit auf seinem Vermögen hafte, so kann er in Folge dieses Zugeständnisses nicht für alle Theile seines Vermögens auf Freiheit von der Last klagen, da einer solchen Klage sein Zugeständniß entgegenstünde, wonach jedenfalls ein Theil seines Vermögens als belastet von ihm anerkannt ist. Diesen Theil seines Vermögens müßte der Verpflichtete, um mit der negatorischen Klage bezüglich anderer Theile durchbringen zu können, nothwendig bezeichnen, da, wenn er dieß nicht im Stande wäre, wohl angenommen werden müßte, daß die Last auf dem ganzen Vermögen hafte, und von einem Obsieg mit einer negatorischen Klage keine Rede seyn könnte.

Endlich ist auch noch versucht worden, für die Ansicht, daß der Lastenberechtigte beweispflichtig sey, wenn er die Belastung seines Vermögens nur bezüglich eines Theils desselben zugebe, bezüglich anderer Theile aber bestreite, die Bestimmung des Landrechts Th. II. Tit. 25 §. 4 geltend zu machen, wonach, wenn die Bekenntniß nicht pure, sondern mit einem weitern Zusatz oder An-

hang geschieht, solcher Anhang von dem Antworter zu erweisen seyn solle. Allein diese Bestimmung paßt nicht hieher. Denn unter Zusatz oder Anhang kann nicht ein bloßes Abläugnen einer zur Begründung der Klage gehörigen rechtserzeugenden Thatsache, sondern nur die selbstständige Behauptung von rechtshindernden oder rechtsvernichtenden Thatsachen (Einreden im weiteren Sinn) verstanden seyn. Die Frage aber, ob im einzelnen Falle die einem Geständniß beigefügte Beschränkung als ein bloßes Abläugnen des Klagegrunds oder als eine selbstständige Behauptung zu betrachten ist, kann nur nach allgemeinen Grundsätzen beantwortet werden,[16] und nach diesen gehört, wie gezeigt, die Behauptung, daß und welche Vermögensobjekte als belastet angesprochen werden, zur Begründung der Klage.

Hienach glaube ich dargethan zu haben, daß bei einem Streit darüber, ob eine Last auf Zehenten und Gefällen allein oder auch auf anderem Eigenthum ruht, nicht dem Lastenverpflichteten die Beweislast für die Beschränkung der Last auf Zehenten und Gefälle, sondern dem Lastenberechtigten die Beweispflicht für die Belastung weiteren Vermögens obliegt, und es ist auch das Obertribunal nach vorangegangener Berathung in voller Versammlung dieser Ansicht beigetreten, und hat solche bei der Entscheidung vom 8. Januar 1862 in der At. S. zwischen der St. Herrschaft Oe. W. und der Pfarrei B. zur Anwendung gebracht.[17]

---

[16] Seuffert, Archiv Bd. 5, Nro. 239. Entsch. des O.-Trib. in Pleno v. 9. März 1852 in S. B. c. W., v. 21. Mai 1853 in S. H. c. G.

[17] In den von dem Obertribunal früher entschiedenen Fällen war die Beweislastfrage zwar stets auch zum Gegenstand der Erörterung gemacht, die Entscheidung derselben aber bis zum Jahr 1859 immer umgangen worden. Erst bei der Entscheidung vom 20. Mai 1859 in S. des Hospitals zu E. c. die Pfarrstelle zu W. sprach sich das Obertribunal über die Frage erstmals bestimmt aus, jedoch nicht im

5) Ueber die Zuständigkeit der württembergischen Gerichte bei einem Streit zwischen Ausländern in Arrestsachen.

(Von Herrn Gerichtsaktuar Gmelin in Tübingen.)

Das K. Obertribunal hat schon in mehreren Fällen ausgesprochen, daß auch Ausländer gegen Ausländer bei den württembergischen Gerichten Arrest impetriren können, wenn die mit Arrest zu belegenden Vermögenstheile des Impetraten in dem Bezirk des angerufenen württembergischen Gerichts sich befinden.[1] Da diese Praxis mit der Bestimmung des Landrechts, Thl. I. Tit. 79 §. 2, auf welcher unser Arrestverfahren beruht, nicht wohl zu vereinigen ist, so dürfte die Mittheilung eines Spezialfalls gerechtfertigt seyn, worin die Folgen der Thesis des Obertribunals für beide Theile, wenigstens für den Impetraten im höchsten Grade drückend geworden sind.

Einklange mit der oben vertheidigten Ansicht, indem hier vielmehr angenommen wurde, daß der lastenverpflichtete Spital die von ihm behauptete Zehentlastennatur der fraglichen Pfarrbesoldungslast, also die Freiheit seines übrigen Eigenthums außer Zehenten von der Last zu beweisen habe. Schon bei der Entscheidung v. 15. April 1860 in S. des Hospitals zu T. c. die Pfarreien K., W. und D. wurde jedoch die Frage wegen ihrer Zweifelhaftigkeit aufs Neue umgangen, und schließlich in der oben angeführten Sache vor das Plenum des Civil-Senats gebracht und von diesem nach Maßgabe der in vorstehender Ausführung entwickelten Ansicht entschieden.

[1] Seuffert, Archiv Bd. 13, Nro. 282 (d. E.) — Die Praxis des Obertribunals und die damit übereinstimmende Praxis eines Gerichtshofs wird auch bezeugt in Sarwey's Monatschrift Bd. 3, S. 121 und Bd. 13, S. 66 ff. Auch findet sich in der deutschen Gerichtszeitung Jahrg. 1862, Nro. 33 und 34 eine Entscheidung des Oberamtsgerichts Reutlingen von 1861, in welcher die Thesis des Obertribunals zur Anwendung gebracht und auf Klage eines Nicht-Württembergers Arrest auf die in dem Bezirk des gedachten Gerichts lagernden Waaren eines Nicht-Württembergers angelegt worden ist.

(K.)

Die Wilhelmine W. aus N., k. württ. Oberamts B., wanderte im Jahr 1846 mit ihren Eltern nach Nordamerika aus und verehelichte sich dort im Jahr 1853 mit dem gleichfalls dahin ausgewanderten Tobias A. von P., k. württ. Oberamts T. In dieser Ehe wurde ein Kind erzeugt. Zur Zeit seiner Abreise nach Nordamerika im Jahr 1848 hatte der damals noch minderjährige Tobias A. ein in P. pflegschaftlich verwaltetes Vermögen von etwa 4000 fl. besessen; der größere Theil desselben war, nachdem Tobias A. ausgewandert und volljährig geworden, von ihm erhoben worden, der Betrag von 1619 fl. 23 kr. aber in P. in pflegschaftlicher Verwaltung geblieben, da der Aufenthalt des A. von der Pflegschaftsbehörde nicht ausgemittelt werden konnte.

Im Dezember 1856 trat nun die Ehefrau des Tobias A., unter dem Vorbringen, ihr Ehemann habe Weib und Kind heimlich verlassen, Pferde und Wagen veräußert, auch Gelder, die ihm von seiner Heimath zugeschickt worden, eingezogen und habe seit Einem Jahr nichts mehr von sich hören lassen, bei dem württembergischen Oberamtsgericht T. mit einer Alimentenklage für sich und ihr Kind auf, worin zugleich um Beschlagnahme des in dem Bezirk des Oberamtsgerichts T. pflegschaftlich verwalteten Vermögens des Beklagten gebeten wurde. Dieser, durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt vorgetragenen Klage waren beigelegt: ein Zeugniß über die vollzogene Trauung, ein Taufschein für das Kind und ein Schreiben der Klägerin an einen Verwandten in ihrem Geburtsort, worin sie die in der Klage vorgetragenen Umstände erzählte. Der Abwesenheitspfleger[2] des Beklagten bestritt zunächst

[2] Der Abwesenheitspfleger wurde von der württ. Pflegschaftsbehörde aufgestellt; hiezu war aber letztere nicht kompetent, da A. schon im Jahr 1854 in aller Form nach Nordamerika ausgewandert war und seinen Wohnsitz dorthin verlegt hatte, ein **curator absentis** für den Beklagten daher, wenn sein Aufenthalt sich nicht entdecken ließ, nur von der nordamerikanischen Behörde des letzten Wohnsitzes des A.

der Klägerin die Befugniß, für ihr Kind aufzutreten, setzte weiter der Klage die Einrede der mangelnden Sicherheit für die Prozeßkosten entgegen, zog die angebliche Mittellosigkeit der, wie er behauptete, wohl arbeitsfähigen Klägerin unter Anführung einzelner Thatumstände in Abrede und räumte zwar ein, daß sich der Beklagte von derselben getrennt habe, führte jedoch als Ursache hievon Mißhandlungen an, welche der Beklagte von ihr und ihrer Mutter erlitten habe; insbesondere machte er auch geltend, daß ihm das am Wohnsitz der A.'schen Eheleute (Ohio) geltende Recht unbekannt sey. Daß auch nach dem letzteren die Klage begründet sey, wurde vom Bevollmächtigten der Klägerin im Laufe der Verhandlungen behauptet.

Nachdem der Einrede der mangelnden Kaution für die Prozeßkosten Genüge gethan war, erklärte sich das Oberamtsgericht T. durch Erkenntniß vom 14. Januar 1857 für unzuständig, weil es die Voraussetzungen des Arrests — insbesondere die schwerere Belangung des Beklagten vor seinen ordentlichen Richter — nicht als vorhanden erkannte, seine Zuständigkeit aber nur durch einen Arrest begründet werden könnte.

In der zweiten Instanz wurde eine mündliche Verhandlung vorgenommen, wobei der Anwalt der Klägerin ein Protokoll eines amerikanischen Friedensrichters vorlegte, in welchem drei Zeugen eidlich versicherten, daß die Klägerin und ihr Kind in einer hoffnungslosen Lage seyen, daß der Beklagte sein Eigenthum in Geld verwandelt und sich aus dem Staub gemacht habe, ohne daß ihnen bekannt sey, wohin er sich begeben habe. Auf den Grund dieser Zeugnisse, in welchen die Erfüllung sämmt-

---

rechtsgiltig aufgestellt werden konnte. Vergl. Erlaß des Pupillen-Senats des Obertribunals vom 3. Okt. 1861 und Taris in der Zeitschr. für die freiw. Gerichtsbarkeit und die Gemeindeverwaltung, Jahrg. 1862, S. 258, 259, 296, 297. (K.)

licher Erfordernisse der bekannten Landrechtsstelle gefunden wurde, ward von dem Gerichtshof zu T. am 6. Juni 1857 der impetrirte Arrest verfügt und dem Oberamtsgericht T., als dem, nach Maßgabe der Bestimmung des Landrechts Thl. I, Tit. 79, §. 3, durch die Arrestverhängung auch für die Hauptsache zuständig gewordenen Gerichte, die materielle Entscheidung über die Alimentenklage aufgetragen. Dieses Urtheil wurde in der letzten Instanz durch Erkenntniß des Obertribunals vom 30. Dezember 1857 in seinem ganzen Umfange bestätigt, und dabei hinsichtlich der Frage, ob auch Ausländer gegen Ausländer vor den württembergischen Gerichten einen Arrest impetriren können, welche Frage der erste Richter als zweifelhaft dargestellt, der zweite aber nicht berührt hatte, auf frühere bejahende Entscheidungen des Obertribunals Bezug genommen.

Nun war die Alimentenklage zu verhandeln. Nachdem der Aufenthalt des Beklagten ermittelt, die Klage ihm eingehändigt, und ein Bevollmächtigter von ihm aufgestellt worden war, konnte, nach Verfluß von 1½ Jahren nach der Anlegung des Arrests, die erste Verhandlung stattfinden. Da jedoch in der Vernehmlassung mehrere neue Thatumstände vorgebracht wurden, insbesondere daß die Klägerin einen Ehebruch verübt habe, daß die Ehe schon geschieden, oder wenigstens der Scheidungsprozeß vor den amerikanischen Gerichten anhängig sey, — wofür durch Vorlegung eines Schreibens eines amerikanischen Advokaten der Beweis angetreten wurde, auch daß der Beklagte längst sein Kind verlangt, die Klägerin aber dessen Herausgabe verweigert habe, lauter Umstände, welche auf die Dauer der dem Beklagten aufzulegenden Alimentenleistung von Einfluß waren, — so mußte der Bevollmächtigte der Klägerin weitere Instruktion einholen. Nachdem aber diese nach mehr als drei Monaten noch immer nicht eingetroffen war, blieb für den klägerischen Bevollmächtigten nichts übrig, als auf sämmtliche neue That-

umstände mit Nichtwissen zu antworten, und es mußte das Oberamtsgericht die sämmtlichen im Widerspruch gebliebenen erheblichen thatsächlichen Momente, sowie die Frage nach dem im Staat Ohio geltenden Recht, insbesondere auch, ob die Ehefrau dem Ehemann gegenüber für ihr Kind zur Klage befugt sey, in sein Beweisdekret aufnehmen. Aber wieder blieben die Bevollmächtigten beider Theile ohne alle Nachricht von ihren Mandanten, so daß sie wiederholt um Fristerstreckung bitten mußten, bis endlich nach Ablauf eines halben Jahres von der Einhändigung des Beweisdekrets an der Anwalt der Klägerin ein Schreiben von deren Mutter vorlegte, welches die Nachricht enthielt, daß die Klägerin gestorben sey. Ein neues Dekret, worin dem klägerischen Bevollmächtigten aufgegeben wurde, seine Klagbitte nach der gegenwärtigen Sachlage zu modifiziren, eine neue von den Erben der Klägerin und den nach amerikanischem Recht zur Vertretung des Kindes berufenen Personen zu unterzeichnende Vollmacht vorzulegen, und worin nochmals die Beweisfrist verlängert wurde, hatte keinen besseren Erfolg, als die früheren Verfügungen; der klägerische Anwalt war, weil seine Briefe unbeantwortet blieben, nicht im Stande, den ihm gemachten Auflagen nachzukommen. Ein materielles Präjudiz durchzuführen, erschien bedenklich, weil auf Seiten der klagenden Partei ein Minderjähriger war, und so vereinigten sich die beiden Bevollmächtigten, die Sache ruhen zu lassen. Damit schien solche für das Gericht vorerst erledigt zu seyn.

Nach Jahr und Tag lief jedoch eine dringende Bitte des Beklagten um endliche Ausfolge des von seinem Sachwalter flüssig gemachten und nun müssig daliegenden Vermögens ein, und so mußte der Streit auf's Neue in Bewegung gesetzt werden. Aber auch neue Auflagen an den klägerischen Bevollmächtigten blieben ebenso fruchtlos, als die früheren, und so liegt die Sache noch nach mehr als vier Jahren nach angelegtem Arrest. Der Beklagte

bittet um Aufhebung des Arrests, gegen die klägerische Partei schlägt — so muß man wenigstens annehmen — ein materielles Präjudiz nicht an, und aufheben darf der Richter den Arrest nicht, ohne sich einer Regreßklage auszusetzen.

Die am Eingang angeführte Stelle des Landrechts Thl. I., Tit. 79, §. 2: „So lassen Wir in denen Fällen, (da die Arresten, vermög gemeiner Rechten statthaben) Unsern Unberthonen auch zu, daß sie dergleichen Schuldner, wo sie in der Person, oder mit ihrer Haab und Güttern zu betretten, umb ihre außständige Schuld arrestiren und auffhalten mögen" beschränkt unzweideutig das Arrestverfahren auf den Fall, wo der Arrest-Impetrant ein Inländer ist. Zwar hat das Obertribunal bei Entscheidung eines ähnlichen Falls ausgesprochen, daß nach allgemeinen Prinzipien und den heute geltenden internationalen Grundsätzen dem Fremden gleiches Recht verwaltet werde, wie dem Einheimischen. Nichts desto weniger scheint es — abgesehen von der im Falle der möglichen großen Entfernung der Parteien entstehenden Schwierigkeit des Verkehrs mit denselben und der Unbekanntschaft des Richters mit dem zur Anwendung kommenden fremden Recht — in hohem Grade bedenklich, einen in unsern Gesetzen so bestimmt, und gerade im Gegensatz zum gemeinen Recht, welches dieses Erforderniß in der Person des Klägers nicht kennt, ausgesprochenen Satz für antiquirt zu erklären, weil er den heutigen Anschauungen nicht mehr entspreche. Cessante legis ratione non cessat lex ipsa. Uebrigens sind noch keineswegs die Fremden den Einheimischen bei der Führung eines Rechtsstreits gänzlich gleichgestellt, da die Pflicht für Jene, Kaution für Sporteln und Prozeßkosten zu leisten, noch heutzutage besteht. Auch dürfte es immerhin dahin stehen, ob der oben dargestellte Streit nicht in kürzerer Zeit und mit geringeren Kosten von demjenigen amerikanischen Gericht, in dessen Sprengel die streitenden Eheleute ihren

Wohnsitz hatten, und dessen Zuständigkeit durch die Entweichung des Ehemanns nicht aufgehoben worden seyn dürfte, nöthigenfalls in contumaciam verhandelt und entschieden worden wäre.

---

6) Bemerkungen zu vorstehendem Aufsatz.

(Von Oberjustizrath Dr. Kübel.)

Die von dem Herrn Einsender angefochtene Entscheidung der Kompetenzfrage in dem vorstehend mitgetheilten Rechtsfalle beruhte auf den zwei von dem Obertribunal angenommenen Sätzen:

I. daß Ausländer, d. h. nicht württembergische Staatsangehörige, gleich wie letztere, vor den württembergischen Gerichten in Beziehung auf einen in dem Bezirke des angerufenen Gerichts befindlichen Vermögenstheil des Impetraten unter denselben Voraussetzungen, unter welchen die Arrestklage eines württembergischen Staatsangehörigen für statthaft zu erkennen ist, Arrest impetriren können, und zwar ohne Unterschied, ob sie in demselben oder in einem anderen Unterthanenverbande stehen, als der Arrest-Impetrat;

II. daß das württembergische Arrestgericht, welches auf Anrufen eines Ausländers gegen einen Ausländer Arrest erkannt hat, in Folge der Arrestanlage auch zur Verhandlung und Entscheidung des in der Hauptsache, wegen welcher der Arrest angelegt worden, unter den Parteien obwaltenden Streits zuständig ist.

Zu I. Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen von einem Ausländer gegen einen Ausländer vor einem württembergischen Gerichte Arrest impetrirt werden könne, kam bei dem Obertribunal

1) schon in einer am 31. Juli 1829 entschiedenen Appellationssache des Kaufmanns D. zu Genf gegen die

Wittwe N. zu Livorno zur Erörterung, blieb aber hier dahin gestellt, indem die Arrestklage wegen Mangels an den, die Anlegung eines Arrests bedingenden formellen und materiellen Voraussetzungen abgewiesen wurde. In dem Vortrage des Referenten wurde die Frage jedoch bejaht und es findet sich in demselben hierüber bemerkt: „Wenn auch im Thl. I. Tit. 79 §. 2 des Landrechts gesagt ist: „So lassen wir — Unseren Unterthanen auch zu u. s. w.“, so darf deßhalb noch nicht angenommen werden, daß damit die Ausländer haben ausgeschlossen werden wollen, da eines Theils kein Grund für diese Beschränkung sich denken ließe, andern Theils aus einer Reihe von anderen Stellen des Landrechts, so z. B. Thl. I Tit. 1. Tit. 6 §. 112. 114. 130. Tit. 17 §. 1. 4. 5. Tit. 57 §. 1. Tit. 69 §. 1. Tit. 80 §. 1. Tit. 81 §. 5. Thl. II. Tit. 25., in welchen gleichfalls der Ausdruck „Unsere Unterthanen“ gebraucht ist, obwohl sie ohne allen Zweifel auch auf Fremde ihre Anwendung finden, hervorgeht, daß der Gesetzgeber, wenn er sich dieses Ausdrucks bediente, zwar zunächst an Diejenigen, für die er dieses Gesetz gab, gedacht haben mochte, damit aber die Anwendung auf Fremde, soweit sie überhaupt stattfinden kann, nicht ausschließen wollte. In der württ. Wechselordnung Kap. VII. §. 11 ist ferner verordnet, daß in Wechselsachen den Fremden gleich schleunig und unparteiisches Recht angedeihen zu lassen sey, wie den Einheimischen, und überdieß beruft sich das Landrecht selbst auf das gemeine Recht, das eine Ausnahme zum Nachtheil der Landesfremden nicht kennt.“

2) In dem nächsten bei dem Obertribunal zur Entscheidung gekommenen Falle wurde diese Ansicht auch von dem Kollegium angenommen, indem in der Beschwerdesache des Handlungshauses E. u. Sch. zu Augsburg, Anlegung eines Arrests auf eine Forderung der Verlassenschaftsmasse des Handelsmanns St. zu Landau betreffend, am 10. August 1853 ausgesprochen wurde, daß auch dem,

von einem Ausländer gegen einen Ausländer bei einer württembergischen Gerichtsstelle angebrachten Arrestgesuche unter den im Landrecht Thl. I. Tit. 79 bestimmten Voraussetzungen stattzugeben seye.[1] Ebenso wurde

3) in der Arrestklagsache der Louise B. von Augsburg gegen ihren in Wien lebenden Ehemann am 25. September 1840 die Zuständigkeit der württembergischen Gerichte von dem Obertribunal für begründet erkannt, da unter Voraussetzung der gesetzlichen Bedingungen einer Arrestanlegung sowohl der Inländer gegen den Ausländer, als der Ausländer gegen den Inländer Arrest impetriren könne, soferne das Landrecht a. a. O. ein besonderes Privilegium für württembergische Unterthanen nicht aufstelle, und nach allgemein anerkannten Grundsätzen überhaupt in Württemberg dem Ausländer gleiches Recht verwaltet werde, wie dem Inländer.[2]

4) Auch in der am 28. Febr. 1846 entschiedenen Rekursbeschwerdesache des Gemäldehändlers D. aus Paris gegen Jean T. aus Lausanne, Arrestanlegung betr., wurde von dem Obertribunal der Satz anerkannt, daß es einem Ausländer gleichwie einem Inländer gestattet seye, gegen einen Ausländer bei einem württ. Gerichte ein Arrestgesuch anzubringen, und derselbe Satz kam

5) in der am 25. August 1857 entschiedenen Appellationssache zwischen L. R. in St. Antony in Nordamerika und J. Chr. G. in Cleveland in Nordamerika, Arrestklage betr. sowie

6) am 30. Dezember 1857 in der, den Gegenstand der obigen Mittheilung bildenden Appellationssache zwischen den Tobias A.'schen Eheleuten in Nordamerika zur Anwendung, und zwar in der letzteren Sache nach vorgängiger Berathung in voller Versammlung des Civil-

---

[1] Diese Entscheidung wird auch mitgetheilt in Sarwey's Monatschrift Bd. 3, S. 121.

[2] Sarwey, Monatschr. Bd. 13, S. 70.

Senats des Obertribunals. Hiebei wurde von dem Referenten in dem von ihm erstatteten Vortrage ausgeführt: „Es ist ein anerkannter Grundsatz des internationalen Rechts, daß Ausländer in Beziehung auf aktive Rechtsverfolgung in der Regel wie die Inländer behandelt werden. Hieraus folgt, daß wie Arrestklagen eines Inländers gegen einen Ausländer vor den inländischen Gerichten zuläßig sind, so auch die Arrestklage des Ausländers gegen den Ausländer in der Regel, und soweit nicht besondere Bestimmungen entgegenstehen, für statthaft zu erachten ist. Nach ihrem praktischen Erfolge ist auch eine solche Regel nicht für bedenklich zu erachten, da es Pflicht des Arrestrichters ist, im einzelnen Falle zu prüfen, ob in formeller und materieller Beziehung ein Arrestgesuch für hinreichend begründet zu erachten sey, und es ebendadurch dem Richter überlassen ist, willkürlichem Anrufen einer Partei, oder chikanösen, oder das inländische Gericht ohne Noth belästigenden Anträgen eines Ausländers entgegenzutreten." Im Uebrigen wurde sich bezüglich der Auslegung der fraglichen Stelle des württembergischen Landrechts auf die feststehende Praxis und die in den früher entschiedenen Fällen für diese Praxis geltend gemachten Gründe berufen. Das Kollegium trat dem Antrag und der Ausführung des Referenten einstimmig bei, indem hervorgehoben wurde, daß diese Ansicht schon nach allgemeinen Prinzipien, sowie nach den heutzutage geltenden internationalen Grundsätzen als durchaus gerechtfertigt erscheine.

In den zwei unter Ziff. 4 u. 5 angeführten Rechtsfällen hatte sich auch schon der Gerichtshof zu Eßlingen, und in dem unter Ziff. 6 erwähnten Rechtsfalle der Gerichtshof zu Tübingen als Richter zweiter Instanz in Uebereinstimmung mit der Thesis des Obertribunals ausgesprochen und ebenso wird in der Sarwey'schen Monatschrift [3] die konforme Entscheidung eines Kreis-

[3] Bd. 13, S. 67 ff.

gerichtshofs aus dem Jahre 1846 mitgetheilt, deren tüchtige und überzeugende Begründung mit den Ausführungen des Obertribunals im Wesentlichen zusammentrifft.

Die Ansicht des Obertribunals wird sich auch mit Grund nicht anfechten lassen. Der Regel nach kann, soweit die inländischen Gerichte überhaupt kompetent sind, Jeder, sey er In- oder Ausländer sein Recht vor denselben klagend verfolgen, und es wird gemäß den anerkannten und in unbestrittener Uebung stehenden Grundsätzen des internationalen Rechts, unter der Voraussetzung der Reciprocität, dem klagenden Ausländer derselbe Rechtsschutz von den inländischen Gerichten gewährt, welcher dem Inländer zu Theil wird. Hieraus folgt, daß nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen auch das Recht zur Erhebung von Arrestklagen gegen Ausländer, soweit gegen diese überhaupt Arrest impetrirt werden kann, dem Ausländer in gleicher Weise, wie dem Inländer, zuzuerkennen ist. Demgemäß hält auch das Oberappellationsgericht zu Kassel ebenso, wie das hiesige Obertribunal, an dem Grundsatze fest, daß Ausländer d. h. nicht kurhessische Staatsangehörige, gleich wie letztere, vor den kurhessischen Gerichten Arrest impetriren können, und zwar ohne Unterschied, ob sie in demselben oder in einem andern Unterthanenverbande stehen, wie der Arrestimpetrat.[4] Ebenso hat nach der K. bayerischen Gerichtsordnung Kap. I. §. 8 und in notis lit. g jeder Fremde das Recht, gegen einen andern Fremden vor bayerischen Gerichten Arrest zu impetriren, falls nur die Requisite gegeben sind, welche nach bayerischem Recht zur Verhängung des Arrests überhaupt gehören.[5] Dasselbe gilt in Baden, indem die grh. badische Prozeßordnung für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten

---

[4] Heuser, Annalen der Justizpflege und Verwaltung in Kurhessen Bd. 9, (1862) S. 673, 676.

[5] Vergl. Blätter für Rechtsanwendung Bd. 18, S. 307, 308, 309. Bd. 17, S. 70.

vom 31. Dezember 1831 Tit. I. §. 45—47 die Bestimmung enthält, daß Ausländer vor den badischen Gerichten, soweit diese überhaupt kompetent sind, von andern Ausländern wie von Inländern belangt werden können, womit die prinzipielle Zuläßigkeit der Klagen von Ausländern gegen Ausländer ausgesprochen ist, während bezüglich der nach Tit. 32 §. 676 auch gegen Ausländer zuläßigen Arrestklagen eine Ausnahme von jenem Grundsatz nirgend gemacht wird. Auch in Preußen ist in der allg. Gerichtsordnung vom 4. Febr. 1815 Thl. I. Tit. 29 §. 88 der Grundsatz anerkannt, daß Fremde gegen andere Fremde Arrestgesuche bei den preußischen Gerichten anbringen können, nur ist hier das Arrestgesuch eines Fremden gegen einen Fremden an gewisse in der Gerichtsordnung näher bestimmte Voraussetzungen gebunden.

Etwas Anderes gilt auch in Württemberg nicht; zwar glaubt der Herr Einsender des oben mitgetheilten Rechtsfalls, daß die angeführte Bestimmung des Landrechts das Arrestverfahren unzweideutig auf den Fall beschränke, wo der Arrest-Impetrant ein Inländer ist, und hiemit dem Ausländer die Arrestklage abgeschnitten seye. Der Herr Einsender gründet diese seine Ansicht, wie dieß früher auch schon von Rümelin[6] geschehen, lediglich darauf, daß in der fraglichen Landrechtsstelle gesagt ist: „so lassen wir Unsern Unterthanen auch zu." Wie mir scheint, ist jedoch schon in der, von Sarwey[7] veröffentlichen Entscheidung eines Kreisgerichtshofs klar dargelegt worden, daß auf jene Worte ein Gewicht nicht gelegt werden kann, und dem Landrecht die Absicht, hiemit eine Beschränkung der Arrestklage auf württembergische Staatsangehörige auszusprechen, offenbar fremd war. Es ergibt sich dieß auf das schlagendste aus dem bereits hervorgehobenen Umstande, daß in dem Land-

[6] In Sarwey's Monatschrift Bd. 1, S. 325.

[7] Ebendaselbst Bd. 13, S. 68 ff.

recht der Ausdruck „Unsere Unterthanen" auch sonst in vielen anderen Stellen gebraucht wird, wo dieselbe Ausdrucksweise auch auf dieselbe Beschränkung der fraglichen Bestimmungen auf württembergische Staatsangehörige führen müßte, während in allen diesen Fällen das Nichtvorhandenseyn der Absicht einer solchen Beschränkung außer aller Frage steht. Denn wer wird z. B. behaupten wollen, daß, — weil gleich in Thl. I. Tit. 1 §. 1 des Landrechts nur von den Unterthanen die Rede ist, welche zu keinem förderlichen Austrag ordentlichen Rechtens gelangen mögen, sondern mit weitläufigen Prozessen, zu ihrer hohen Beschwerung, viel zu lang aufgehalten werden, — das aus diesem Grunde sofort geordnete Prozeßverfahren nur für die Unterthanen bestimmt gewesen. Dasselbe gilt von den weiteren, oben angeführten Stellen des Landrechts, welche ihrem Wortlaute nach gleichfalls nur von den Unterthanen reden, während aus der Natur der Sache und anderen Landrechtsstellen erhellt, daß sich die fraglichen Bestimmungen auf alle vor Gericht handelnde Parteien beziehen. Vergleicht man alle diese Stellen, so kann man sich daher der Ueberzeugung nicht verschließen, daß in dem Landrecht der Ausdruck „Unterthanen" ohne alle Absicht und offenbar nur zufällig da und dort gebraucht ist, was seine natürliche Erklärung darin findet, daß man bei Erlassung des Gesetzes zunächst die Landesangehörigen im Auge gehabt haben mag, zu deren Vortheil es vorzugsweise zu dienen bestimmt war. Unter solchen Umständen kann daraus, daß das Landrecht beim Arreste von Unterthanen redet, ein irgend bündiger Schluß, daß es die Arrestklage nur Inländern habe einräumen wollen, nicht gezogen werden, und da ein anderer Grund zu einer solchen Unterstellung nicht vorliegt, so ist die Ansicht genugsam gerechtfertigt, daß das Landrecht dießfalls an dem gemeinen Rechte nichts geändert und dem Nichtwürttemberger die Arrestklage abzusprechen nicht beabsichtigt hat.

Der Umstand, daß die Zulassung der Arrestklage in dem oben mitgetheilten Rechtsfall eine Verschleppung der Sache und mancherlei Verlegenheiten herbeigeführt, welche durch die Wegweisung der Arrestklage abgeschnitten worden wären, kann einen Grund gegen die Richtigkeit der in Vorstehendem vertheidigten Auslegung des Landrechts schon an sich nicht abgeben, und zudem waren es in dem fraglichen Rechtsstreit offenbar nur die ganz besonderen Umstände, welche die Verwicklungen und Verlegenheiten herbeiführten, und welche ebenso auch bei Arrestklagen von Inländern gegen Ausländer eintreten können. Man setze z. B. nur den Fall, daß die in dem obigen Rechtsfalle aufgetretenen Parteien nicht ausgewandert gewesen, sondern unter Beibehaltung des württembergischen Unterthanenverbands nur ihr Domicil in Amerika genommen gehabt hätten, so hätte demungeachtet Alles denselben Lauf nehmen können, wie ihn die Sache wirklich genommen, und es wäre keine der eingetretenen Verlegenheiten dem Gerichte erspart geblieben. Sodann kann dem Herrn Einsender wohl zugegeben werden, daß der fragliche Rechtsstreit möglicher Weise in kürzerer Zeit und mit geringeren Kosten vor den amerikanischen Gerichten zum Austrag hätte gebracht werden können. Allein eine andere Frage ist, ob der Obsieg ohne die Arrestanlage einen praktischen Werth für die Klägerin gehabt hätte. Ueberhaupt lassen sich manche Fälle denken, wo die Verweigerung der Arrestklage den Ausländer wirklich rechtlos stellen würde, wie z. B. wenn der Unterthan eines benachbarten deutschen Staates seinen, einem fernen Welttheile angehörigen Schuldner auf der Flucht mit einer Summe Gelds in Württemberg betreten würde. Wer möchte hier der Ansicht das Wort reden, wonach dem Unterthanen des Nachbarstaats das Recht auf Arrestirung der Habe seines flüchtigen Schuldners verweigert werden müßte! Und dann müßte, wenn das Landrecht nur den württembergischen Staasangehörigen gestatten würde, Ar-

rest zu impetriren, dieß in gleicher Weise auch dann gelten, wenn der Impetrat ein Inländer ist, da die angeführte Stelle des Landrechts ihrem Wortlaute nach gleichmäßig in beiden Fällen, sowohl gegenüber von fremden, einer anderen Obrigkeit unterworfenen Personen, als gegenüber von einem württembergischen Unterthanen die Arrestimpetrirung nur „Unseren Underthanen" zuläßt. Es würde daher der Ausländer überhaupt keinen Arrest bei württembergischen Gerichten impetriren können, was der Herr Einsender selbst zu behaupten nicht gemeint seyn wird.

Zu II. Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen das württembergische Arrestgericht auch zur Verhandlung und Entscheidung des Rechtsstreits über die Forderung selbst, wegen welcher der Arrest gegen einen Ausländer zu Gunsten eines Ausländers angelegt worden, für zuständig zu erachten seye? wurde am 29. Dez. 1857 in voller Versammlung des Civilsenats des Obertribunals bejahend entschieden und es wird nicht ohne Interesse seyn, wenn aus obigem Anlaß der Hauptinhalt des bei diesem Anlaß erstatteten Vortrags des Referenten über jene Frage in Folgendem mitgetheilt wird. In demselben wurde ausgeführt:

1) Die alte Reichsgesetzgebung enthält eine bestimmte Beantwortung der Frage nicht. Denn wenn auch in dem Reichsabschied von 1570, §. 84 ausgesprochen ist: es solle nach angelegtem Arrest „die Hauptsach, darum der Arrest angelegt, an ordentlich Recht, wie sich gebührt, auszüführen remittirt und hingewiesen werden," [8] so ist dieß hier nur für den Fall verordnet, wenn ein Reichsunmittelbarer gegen einen Reichsunmittelbaren Arrest gelegt hat; und der Reichsabschied von 1594, §. 81 und 82 bemerkt, jene Konstitution beziehe sich nicht auf „licita de jure permissa arresta, auf die vom Richter angelegten Arreste," [9]

[8] Osterloh, Civilprozeß, S. 160—161.

[9] Struben, rechtliche Bedenken, Bd. 5, S. 184.

die denn auch auf die Reichsgesetzgebung von den Rechts-
lehrern theils für, theils gegen die gestellte Frage sich be-
rufen wird.

2) Was die Rechtslehrer des gemeinen deutschen Ci-
vilprozesses betrifft, so führt ein Theil derselben in der
Lehre von den Gerichtsständen auch den Gerichtsstand des
Arrests als solchen auf, als forum speciale neben den Ge-
richtsständen des Vertrags, der geführten Verwaltung u.
s. w. ohne alle Beschränkung und unter der Erklärung,
daß es dem Kläger frei stehe, bei dem Richter des Ar-
rests die Klage bezüglich der Hauptsache zur Verhandlung
und Entscheidung zu bringen. Hieher sind zu rechnen
z. B. Danz,[10] Claproth,[11] Grolman,[12] Glück,[13]
Hofacker,[14] Seuffert,[15] Thibaut,[16] dieser übri-
gens nur mit dem Beisatze, nach dem Herkommen vieler
Orte, ferner Reinhardt,[17] welcher dabei bemerkt:
„Dieser Gerichtsstand habe dem Gerichtsgebrauche, wel-
cher sich hier durchaus folgerecht und stet geblieben, sei-
nen Ursprung zu verdanken, und es haben denselben über-
dieß die meisten Prozeßordnungen der einzelnen Staaten,
z. B. das württembergische Landrecht ausdrücklich aner-
kannt." Von Hagemann[18] wird angeführt, es habe
das Tribunal in Celle in zwei Fällen erkannt, daß durch
die Verfügung des Arrests der Gerichtsstand auch für die
Hauptsache begründet werde.

Von einem andern Theil der Rechtslehrer wird
dagegen zwar der Gerichtsstand des Arrests mit der er-

---

[10] Grundſ. des ordentl. Proz. §. 32.
[11] Einl. in den Prozeß Thl. 1, §. 44.
[12] Theorie des gerichtl. Verf. §. 41.
[13] Komm. Thl. 6, §. 520.
[14] Principia §. 4238.
[15] Handb. des Civilproz. S. 59—64.
[16] Pand. §. 1076.
[17] Handb. des Proz. §. 26.
[18] Prakt. Erört. Bd. 7, S. 28.

wähnten Wirkung, daß er den Gerichtsstand für die Hauptsache begründe, als forum speciale aufgeführt, diese Wirkung jedoch nur ausnahmsweise oder beschränkt für bestimmte Voraussetzungen zugestanden. Hieher sind zu rechnen: Scheurlen,[19] welcher die Begründung des Gerichtsstands für die Hauptsache nur dann für gerechtfertigt hält, wenn die Verweisung der Sache an das sonst zuständige Gericht unmöglich oder zweckwidrig wäre, wofür er die Fälle anführt, a) wenn der Arrest gegen einen Ausländer verhängt wurde, der sich im Inlande betreten ließ, nachdem vorher dem Kläger bei dem ausländischen Gerichte die Justiz verweigert worden war; b) wenn der Arrest gegen einen flüchtigen Schuldner erkannt wurde; c) wenn der Impetrant ein Vagabund sey, dessen regelmäßiger Gerichtsstand sich nicht sofort ausmitteln lasse. In gleicher Weise sprechen sich Mackeldey,[20] Mittermaier[21] und Bayer[22] aus.

Endlich wird der Gerichtsstand des Arrests schon an sich als ein forum speciale für die Hauptsache verworfen von Linde,[23] welcher hierüber bemerkt: Dieser Gerichtsstand verstoße gegen die Reichsgesetze und gegen die im Arreste gelegene Natur der provisorischen Verfügung; und selbst dann, wenn gegen flüchtige Schuldner, Vagabunden, Ausländer u. s. w. Arrest angelegt werde, und in solchen Fällen das den Arrest verhängende Gericht als zuständig für die Hauptsache vertheidigt werden könne, liegen die Gründe für die Kompetenz niemals im Arrest, sondern in Umständen, welche selbst die Arrestanlegung erst rechtlich möglich machen, dieser also vorhergehen. Hiemit stimmen überein Krüll[24] und Mehlen,[25] und

[19] Civilproceß S. 268.
[20] Civilprozeß S. 8, 9.
[21] Prozeß S. 165.
[22] Summar. Prozeß S. 73.
[23] Civilprozeß §. 96.
[24] Prüfung einzelner Theile des bürg. Rechts Bd. 4, Abh. 3.
[25] Anl. zum summar. Prozeß S. 107.

in gleicher Weise lehrt Osterloh,[26] die Annahme eines besonderen Gerichtsstands des Arrests lasse sich nicht rechtfertigen, weil der Arrestrichter, wenn er nicht ohnehin als judex rei sitae zuständig sey, durch den Arrestschlag allein zur Entscheidung über die persönliche Forderung nicht berechtigt werde. Endlich ist derselben Meinung Struben,[27] welcher anführt, daß in dieser Weise die Hannover'sche Justizkanzlei in drei Fällen entschieden habe, und unter Berufung auf Lynker, Wahl und Mevius weiter bemerkt: die Reichsabschiede geben hiefür keine Norm, aber in dem gemeinen Recht und in unsern Prozeßordnungen sey nirgends die Zuständigkeit des Arrestrichters für die Hauptsache ausgesprochen.

Ueber die besondere Frage, ob in dem einen oder in dem andern Fall, im Fall der Bejahung oder der Verneinung der Statthaftigkeit des Gerichtsstands des Arrests, ein Unterschied bestehe bei Klagen eines Inländers gegen einen Ausländer oder eines Ausländers gegen einen Ausländer findet sich bei den Rechtslehrern keine Aeußerung; nur Mevius[28] sagt, es könne, wenn in einem Staate die Inländer das Recht haben, gegen Ausländer den Gerichtsstand des Arrests zu begründen, dieses Recht als ein Privilegium den Ausländern nicht auch zukommen.

3) Was die auswärtigen Gesetzgebungen betrifft, so kennt

a) die österreichische Gerichtsordnung sehr allgemein die Zulässigkeit des Arrests, „des Verboths auf fahrende Güter" — „alsdann, wenn der Gläubiger bei seinem Schuldner wegen Abgang anderer hinlänglicher Zahlungsmittel in Gefahr steht." Es soll ferner nach §. 286 der Verboth bei jenem Richter angesucht werden, unter welchem der Beklagte steht, oder bei welchem er zu

---

[26] Civilprozeß S. 160.
[27] Rechtliche Bedenken Thl. 5, S. 184 f.
[28] De arrestis. S. 65.

belangen wäre, wenn er sich im Orte befände, wo die Güter angehalten werden. Diese Bestimmung hat eine Erläuterung erhalten durch Hofdekret vom 4. Sept. 1788 dahin: „Ist jener, wider den das Verboth angesucht wird, in einem andern Ort, als wo das fahrende Gut befindlich ist, diese beide Orte mögen sodann in der nämlichen oder in verschiedenen Provinzen liegen, so hat der Verbotswerber die Wahl, ob er dem Gegentheil nachgehen, und bei dessen Personalinstanz belangen, oder aber, ob er sich an das Ort, wo das fahrende Gut befindlich ist, halten wolle. Weiter ist durch Patent vom 27. Dez. 1790 hinsichtlich des Gerichtsstands in der Hauptsache verordnet, nachdem schon durch Hofdekret vom 13. Januar 1786 ausgesprochen war, daß der Arrestrichter zur Verhandlung in der Hauptsache zuständig sey: — „Ist in dem Orte, wo das Gut sich befindet, das Verbot angesucht worden, so steht dem Verbotswerber frei, ob er hier oder bei dem Personalrichter des Beklagten in dem Orte dessen Aufenthalts die förmliche Klage anbringen will." Sodann ist noch zu erwähnen, daß ein Hofdekret vom 18. April 1789 bestimmt, daß die Verordnung vom 15. Januar 1789 auch diejenigen Fälle betreffe, „wo der Gegentheil des Verbothswerbers nach der Eigenschaft der Forderung, wegen welcher der Verbot angesucht worden, in fremden Staaten zu belangen ist." Endlich ist noch anzuführen, daß nach einem Hofdekret vom 19. Juni 1813 den Gerichten der deutschen Staaten von Oesterreich gestattet ist, auch gegen Ungarische und Siebenbürgische Parteien Verbote auf ihre, in den deutschen Erblanden befindliche fahrende Güter zu bewilligen, und über die Rechtfertigung des Verbots zu erkennen, daß jedoch eine Exekution des Erkenntnisses von diesen Gerichten, insofern ihre Gerichtsbarkeit nur durch die Bewilligung des Verbots begründet werde, blos auf das in Beschlag genommene, und das etwa sonst in den deutschen Staaten befindliche Vermögen des Schuldners zu er-

theilen sey.[29] Hienach wird als Bestimmung der österreichischen Gerichtsordnung anzunehmen seyn, daß nach der Wahl des Impetranten der Arrestrichter oder der ordentliche Richter des Impetraten wegen Verhandlung der Hauptsache angerufen werden kann, sowie daß Arrestgesuche auch gegen Ausländer statthaft sind, übrigens in derartigen Fällen die Exekution des Arrestrichters nur auf die mit Beschlag belegte Habe des Schuldners sich erstrecken kann.

b) Die bayerische Gerichtsordnung kennt zweierlei Arrestsachen nämlich 1) diejenigen Fälle, in welchen die Begründung des Gerichtsstands des Arrests bezweckt wird, wo die Kompetenz eines nach der allgemeinen Regel unzuständigen Richters durch den Arrest auch für die Verhandlung und Entscheidung der Hauptsache selbst begründet werden soll und begründet wird; 2) diejenigen Fälle, wo nicht dieser Gerichtsstand begründet, sondern nur eine provisorische Maßregel erwirkt werden soll von dem ordentlichen Richter oder in dringenden Fällen von einem anderen Richter, um den Gegner zu verhindern, nach rechtlichem Austrage des Streits vor dem ordentlichen Richter die Exekution zu vereiteln. — Zu Begründung eines Arrestgesuchs in der ersten Beziehung ist erforderlich, daß der Impetrant in billiger Sorge stehe, er werde vor der ordentlichen Obrigkeit das Seinige ohne sonderliche Beschwerde nicht erlangen.[30] Hiezu bemerkt Seuffert,[31] daß bei Ausländern letzteres sich von selbst verstehe. Sodann wird von demselben[32] eine Entscheidung des Oberappellationsgerichts zu München vom 22. Dez. 1851 angeführt, wodurch ausgesprochen wurde, daß der Gerichtsstand des Arrests, welcher auch bei Klagen

---

[29] Zimmerl, Handbuch Thl. 1, S. 258, 263—266, 269.

[30] Seuffert, Commentar über die bayerische Gerichtsordnung Bd. 2, S. 9 u. S. 332.

[31] In den Blättern für Rechtsanwendung Bd. 3, S. 113.

[32] Ebendaselbst Bd. 17, S. 70, 71.

von Ausländern gegen Ausländer zur Anwendung kommen könne, bei der Obrigkeit des Orts begründet werde, welche den Arrest verfügt habe.

c) Die preußische Gerichtsordnung stellt im Thl. I., Tit. 2, §. 118 und 119, die beiden Sätze auf: Ist der, gegen welchen der Arrest erkannt worden, ein hiesiger Unterthan, so muß die weitere Ausführung des Hauptanspruchs an den ordentlichen Gerichtsstand verwiesen werden. — Ein Ausländer, gegen welchen ein Arrest in hiesigen Landen, es sey auf den Antrag eines Inländers oder eines anderen Ausländers, verhängt ist, muß vor dem Gerichte, welches denselben angelegt hat, auch in der Hauptsache sich einlassen. In dem Tit. 29 „von Arresten in dringenden Fällen" ist im §. 42 ferner gesagt: „In dem Falle, wenn der Richter, von dem der Arrest angelegt worden, zugleich der ordentliche Richter des Arrestaten in der Hauptsache, — folglich auch alsdann, wenn der Arrestat ein Fremder, und also der Gerichtsstand wider ihn, nach Vorschrift der gemeinen Rechte, durch den Arrest selbst begründet ist, — muß der Arrestrichter wegen Instruktion der Hauptsache weiter verfügen.

d) In der badischen Gerichtsordnung vom Jahr 1832 ist im §. 679 der Grundsatz ausgesprochen, daß in der Regel die Arrestanlegung keinen eigenen Gerichtsstand für die Hauptsache begründe. Hievon sind aber Ausnahmen festgestellt in §. 23 und 36, nämlich im §. 36 im Falle der Prorogation und im §. 23 ist verordnet es werde der Gerichtsstand für die Hauptsache begründet 1) wenn der Arrest auf Anrufen eines Inländers gegen einen Ausländer verhängt worden und kein anderer Gerichtsstand gegen ihn im Inlande vorhanden sey; 2) wenn der Arrest gegen einen flüchtigen Inländer verhängt worden ist, der keinen Wohnsitz hat. Vergl. auch §. 677, Nro. 2.

4) Bezüglich des württembergischen Rechts läßt die Bestimmung des Landrechts Thl. I., Tit. 79, §. 3,

nach den Worten: „sollen alsdann unsere Amptleut oder Gericht... die klagende Parthey auf ihr Ansuchen am Ort des angelegten Arrests zu nächstfolgendem Rechtstag oder auf's längst innerhalb Monatsfrist wider seinen Gegentheil... vertagen, da dann Unsere Gericht nach außgeübtem ordentlichem Prozeß, was recht ist, erkennen sollen", kaum einen Zweifel darüber zu, daß das Landrecht, zum Mindesten elektiv, den Gerichtsstand des Arrests durch die vorausgegangene Beschlagnahme für begründet erkennt; wie denn auch der Satz, daß in Württemberg die Anlegung des Arrests den Gerichtsstand für die Hauptsache begründe, von Plebst,[33] Scheurlen,[34] Schütz[35] und Berner-Schäfer[36] aufgestellt wird.

Da nun, nach dem zu I. Ausgeführten, in Württemberg auch Arrestklagen von Ausländern gegen Ausländer zulässig sind, so kann es keinem Bedenken unterliegen, den eben gedachten Satz auch bei Arrestanlagen zu Gunsten eines Ausländers gegen einen Ausländer gelten zu lassen, weil weder das Landrecht, noch eine neuere würtembergische Gesetzesbestimmung, noch eine bisherige Praxis eine Ausnahme kennen, und eine Unterscheidung zwischen inländischen und ausländischen Klägern auch nicht durch die Natur der Sache an die Hand gegeben ist, vielmehr häufig eine bloße Beschlagnahme für den Impetranten nutzlos wäre, wenn nicht auch die Verhandlung und Entscheidung der Hauptsache vor den Arrestrichter gezogen werden könnte.

Soweit der Vortrag des Referenten; das Plenum des Civilsenats des Obertribunals trat dessen Ansicht bei, indem namentlich hervorgehoben wurde, daß man auf halbem

---

[33] Diss. ad jus. Prov. Württ. §. 201. Annot. ad J. P. W. §. 66.
[34] Civilprozeß S. 269.
[35] Württ. Civilprozeß S. 99.
[36] Das Verfahren S. 160.

Wege stehen bliebe, wenn man einem Ausländer zwar das Recht einräumen würde, gegen einen anderen Ausländer Arrest bei den württembergischen Gerichten zu impetriren, ihm aber verweigern wollte, sofort nach angelegtem Arrest auch die Hauptklage bei dem Arrestrichter anzubringen. Wenn insbesondere der Grund des Arrests darauf beruht, daß der Beklagte bei seinem ordentlichen Richter schwer zu belangen ist, so nützt den Kläger die Arrestanlegung nichts, wenn er sich nachher doch an den ordentlichen Richter wenden muß, und es wäre ein Widerspruch in sich selbst, wenn man wegen der Schwierigkeit der Belangung des Beklagten bei seinem ordentlichen Richter einen Arrest anlegen, sofort aber den Kläger in der Hauptsache dennoch an den ordentlichen Richter des Beklagten weisen würde, während diesem gerade durch die Arrestanlage begegnet werden sollte.

II.

Fragmente.

1) Mittheilungen aus der Rechtsprechung des Obertribunals in Civilsachen.

Mit Bemerkungen.

(Von Oberjustizrath Dr. Kübel.)

A. Civilrecht.

1) Der Gerichtsgebrauch als Erkenntnißmittel eines Gewohnheitsrechts.

Das Charakteristische am Gewohnheitsrecht ist eine unmittelbar im Rechtsbewußtseyn des Volkes wurzelnde, vom Gefühle innerer Nothwendigkeit getragene, und in langer gleichförmiger Befolgung und Anwendung ausgesprochene, gemeinsame Ueberzeugung von einem Rechts-

satze. Diese Rechtsüberzeugung kann auch in einem konstanten Gerichtsgebrauche ihren Ausdruck finden, und wo dieß der Fall ist, wo als Grund und Zweck eines Gerichtsgebrauchs der Wille sich darstellt, durch den aufgestellten Rechtssatz einen im Volke lebenden Rechtsgedanken zum Ausdruck zu bringen und dadurch einem erkannten Rechtsbedürfnisse gerecht zu werden, ist die Rechtsschöpfung der Gerichtspraxis wahres Gewohnheitsrecht.[1] Allein nicht jeder Gerichtsgebrauch hat diese Bedeutung, im Gegentheil der Regel nach wird ihm solche abgesprochen werden müssen. Die nächste Aufgabe der Gerichte ist die Anwendung des bestehenden Rechts und seine Auslegung im Falle eines Zweifels. Wird eine solche Auslegung in einer längeren Reihe von Fällen von den Gerichten festgehalten, so bildet auch dieß einen Gerichtsgebrauch. Was aber auf diese Art in die Gerichtspraxis überging, nicht mit dem Willen der Rechtsschöpfung, sondern in der Absicht, den wahren Sinn des bestehenden geschriebenen Rechts zur Anwendung zu bringen, kann, wie lange der Gerichtsgebrauch auch bestanden haben mag, die Bedeutung eines Gewohnheitsrechts als einer formell verbindlichen Rechtsquelle nicht beanspruchen. Wird sich daher auf den Gerichtsgebrauch zum Beweise eines Gewohnheitsrechts berufen, so entsteht vor Allem die aus den Umständen zu beantwortende Frage, welcher der gedachten beiden Kategorieen der fragliche Gerichtsgebrauch beigezählt werden muß, und sprechen die Umstände dafür, daß die Aufstellung eines durch den Gerichtsgebrauch sanktionirten Rechtssatzes lediglich in der Auslegung des geschriebenen Rechts seinen Grund hat, und die Absicht nicht war, sich dadurch zum Organ einer im Volke lebenden Rechtsüberzeugung zu machen, sondern bestehen-

---

[1] Oder mit a. W. es bildet in diesem Falle der Gerichtsgebrauch eines der sichersten Erkenntnißmittel des Bestehens eines Gewohnheitsrechts. Puchta, Vorl. (5. Aufl.) Bd. 1. S. 30.

des Recht anzuwenden, so kann ein solcher Gerichtsgebrauch zum Beweise eines Gewohnheitsrechts niemals dienen. Seine Bedeutung beruht auf dem materiellen Gewicht seiner Gründe, und es kann daher derselbe, wenn die Unrichtigkeit der ihm zu Grund liegenden Rechtsanschauung erkannt worden, eine bindende Norm für die Gerichte nicht abgeben. [2]

Entsch. des Obertribunals vom 28. Juni 1861 in S. der Gemeinde N. c. die Standesherrschaft H. L.; vom 12. September 1862 in S. des Stiftungsrathes zu E. c. v. U.

Uebrigens darf aus dem Umstande, daß bei Aufstellung eines Rechtssatzes durch die Gerichte zu dessen Begründung bestehende Gesetzesbestimmungen zu Hilfe genommen worden, nicht ohne Weiteres auf eine blos interpretative Thätigkeit der Gerichte geschlossen werden, da auch in dem Falle, wenn die Umstände keinen Zweifel darüber zulassen, daß der Aufstellung eines Rechtssatzes in Wirklichkeit die Erkenntniß eines vorhandenen Rechtsbedürfnisses und die Absicht, demselben zu genügen und das Rechtssystem mit dem lebendigen Rechtszustand zu versöhnen, zu Grund liegt, die Gerichte häufig bestrebt seyn werden, durch das Heranziehen von Bestimmungen des geschriebenen Rechts den als ein Bedürfniß des Rechtslebens erkannten Rechtssatz zur Geltung zu bringen. Dadurch werden aber die Aussprüche ihrer Bedeutung als Ausdruck einer im Volke lebenden Rechtsüberzeugung nicht entkleidet, sie behalten ihre Wurzel im Rechtsbewußtseyn des Volks, und es muß daher in diesem Falle der durch sie sanktionirte Rechtssatz als Gewohnheitsrecht aufrecht

---

[2] Der Gerichtsgebrauch ist in diesem Falle nicht Uebung einer nationellen Ueberzeugung, sondern eines wissenschaftlichen Irrthums. Derselbe Grundsatz kam auch in den Entsch. des Obertribunals vom 9. Oktober 1856 in S. der Gemeinde Sch. c. die K. St. F. V., und v. 11. April 1862 in S. der Gemeinde E. c. die K. St. F. V. zur Anwendung.

erhalten bleiben, wenn auch die versuchte wissenschaftliche Begründung desselben als unhaltbar sich erwiesen hat. [3]

Entsch. des Obertribunals vom 8./10. Juni 1862 in S. von J.'sche Erben c. A.'sche Abw.-Kuratel.

2) Welches Recht entscheidet für die Frage von der Erbfähigkeit eines Verschollenen?

Nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts kann ein Abwesender, über dessen Leben oder Tod keine Kunde zu erlangen ist, eine während der Dauer dieser Ungewißheit eröffnete Erbschaft eben um dieser Ungewißheit willen nicht erwerben, und sein Kurator dieselbe nicht für ihn antreten, [4] während partikularrechtlich in einzelnen Staa-

---

[3] Vergl. Puchta, a. a. O., §. 13, Ziff. 1, S. 31 f.

[4] Ob einem Verschollenen, so lange dessen Tod noch nicht rechtlich vermuthet wird, eine Erbschaft erworben werden und ob insbesondere der **curator absentis** solche für ihn antreten könne, ist nach gemeinem Recht bekanntlich bestritten. Die ältere, insbesondere die von Carpzov bezeugte sächsische Praxis ging davon aus, daß der Abwesende bis zum Eintritt der Todespräsumtion trotz seiner Verschollenheit als lebend rechtlich zu vermuthen und somit erbfähig seye. Bruns, im Jahrb. des gem. D. Rechts von Bekker und Muther Bd. 1, S. 140 ff., 152 ff., 168 f. Krautt, die Vormundschaft Bd. 2, S. 258, und es hat diese Ansicht auch in den Gesetzgebungen der älteren und neueren Zeit Eingang gefunden. Bruns a. a. O. S. 171, 172. Krautt a. a. O. S. 258—260. Schon sehr frühe hat jedoch die Lebenspräsumtion, und in Folge dessen auch die dadurch bedingte Erbfähigkeit des Verschollenen, entschiedene Gegner gefunden, unter welchen insbesondere Lynker, sowie Richter, Schilter, Schorch und Wernher zu nennen sind, Bruns a. a. O. S. 169, 170, und im gegenwärtigen Jahrhundert ist deren Ansicht, hauptsächlich in Folge eines mit großem Scharfsinn geschriebenen Aufsatzes von Cropp in Heise und Cropp, jur. Abh. Bd. 2, S. 142 ff. und vielleicht auch unter dem Einflusse der neueren französischen und der ihr nachgebildeten Gesetzgebungen, vergl. Art. 135, 136 des **Code Napoleon**, in Theorie und Praxis die herrschende geworden. In der Theorie haben sich gegen die Lebenspräsumtion und demzufolge gegen die Erbfähigkeit des Verschollenen erklärt: Bolley, Auff. Bd. 1, S. 84 ff. Pfeiffer, prakt. Ausf. Bd. 4, S. 360 ff. Mühlenbruch, in d. Forts. v. Glücks Comm. Bd. 42, S. 462 ff. Flach, Entsch. des OAG. zu Wiesbaden Thl. I.,

ten, wie z. B. auch in Württemberg das Gegentheil gilt und Verschollene bis zum Ablauf des 70. Jahres von ihrer Geburt an für erbfähig angenommen werden und ihr Kurator zum Erbschaftsantritt zugelassen wird.[5] In Fällen, wo der letzte Wohnort des Erblassers und der

---

S. 145 ff. Seuffert, in den Bl. für Rechtsanw. Bd. 19, S. 17 ff., 31 ff., 49 ff. Schweppe, röm. Priv. Recht Bd. 1, §. 61. S. 149, Mittermaier, deutsches Privatrecht (5. Aufl.) Bd. 1, §. 147, Ziff. IV., S. 361. Arndts, Pand. §. 26. Sintenis, Civ. Recht Bd. 3, §. 160, Note 2, S. 320, 321. Runde im Archiv f. die Pr. des oldenburg. Rechts Bd. 2, S. 106 ff. Schäffer, in der Zeitschr. für Civ. Recht u. Prozeß N. F. Bd. 5, S. 402 ff. und in der Praxis hat diese Ansicht Anwendung gefunden in Entscheidungen der Oberapp. Gerichte zu Lübeck v. 19. Nov. 1825, zu Celle v. 15. Okt. 1833, zu Cassel v. 5. Okt. 1833, 5. Juli 1834 und 29. Mai 1845, zu Wolfenbüttel v. 10. Juli 1838 und zu Oldenburg v. 1840, ferner in Entsch. des Hof- u. Appell. Gerichts zu Wiesbaden v. 18. Okt. 1843 und des Oberapp. Gerichts daselbst v. 17. Mai 1843 und 10. August 1846, sowie der Oberapp. Gerichte zu Rostock v. 20. Jan. 1855 und zu München v. 3. u. 10. April 1854. Heise u. Cropp a. a. O. S. 163 f., Note 31 u. S. 174. Pfeiffer a. a. O. S. 401. Nr. 74. Flach a. a. O. Thl. 2, S. 125 f., S. 128 f. Thl. 3, S. 50, Blätter für Rechtsanw. Bd. 19. Erg. Blatt S. 49—53. Seuffert, Archiv Bd. 1, Nro. 160, Bd. 9, Nr. 49, 254, Bd. 11, Nro. 257, Bd. 12, Nro. 1. Auch das hiesige Obertribunal hat sich, wie schon in einem Gutachten v. 17. August 1826, Bolley, a. a. O. S. 89. 106—111, so auch in der nach gemeinem Recht zu entscheidenden Rt. S. der v. J.'schen Erben c. die A.'sche Abw. Kuratel vom 8./10. Juli 1862 in derselben Weise ausgesprochen. Die alte Ansicht, daß der Verschollene bis zum Zeitpunkt, wo er nach Gesetz oder Gewohnheitsrecht für todt anzunehmen, als lebend rechtlich zu vermuthen, also erbfähig sey, wird hauptsächlich noch von Krautt a. a. O. Bd. 2, S. 533 ff. und Bruns a. a. O. S. 90 ff. vertheidigt, und ihnen sind unter den Neueren Gerber, deutsches Privatrecht (3. Aufl.) §. 34. Holzschuher, Theorie u. Casuistik (2. Aufl.) Bd. 2, S. 807 ff. gefolgt. In der neueren Praxis ist die ältere Ansicht nur noch in wenigen Entscheidungen vertreten. Vergl. Seuffert, Archiv Bd. 3, Nro. 298, 346, Bd. 9, Nro. 310.

[5] Ergänzungsbd. zum Regbl. S. 87 ff. Bolley, Verm. Aufsätze Bd. 1, S. 96, 98, 102, 107, 111. Reyscher, württ. Priv. Recht Bd. 3, §. 624.

letzte Wohnort des Verschollenen verschieden sind, kann daher die Frage praktisch werden, nach welchem Rechte die Frage von der Erbfähigkeit eines Verschollenen zu entscheiden ist, ob nach dem am letzten Wohnsitze des Verschollenen, oder nach dem am letzten Wohnsitze des Erblassers geltenden Rechte. Das Obertribunal hat das erstere angenommen, und diese Ansicht folgendermaßen begründet:

Soferne das Daseyn gewisser Zustände und Eigenschaften der Person, wodurch deren Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit, d. i. die rechtliche Möglichkeit, Rechte zu haben, zu erwerben und aufzugeben, bedingt wird, von einer Bestimmung des positiven Rechts abhängt, entscheidet nach der in der Theorie und Praxis herrschenden gemeinen Meinung über das Vorhandenseyn jener Zustände und Eigenschaften das örtliche Recht, welchem die Person selbst durch ihren Wohnsitz angehört. [6] Dieser Satz findet seine Anwendung auf die vorliegende Frage. Denn die Erbfähigkeit eines Verschollenen und damit die Berechtigung des Kurators desselben, eine während seiner Abwesenheit eröffnete Erbschaft für ihn anzutreten, hängt vor allem davon ab, ob und inwieweit ein Verschollener, über dessen Leben oder Tod keine Kunde vorliegt, als lebend zu betrachten ist, da die erste Bedingung der Rechtsfähigkeit einer Person das Leben derselben bildet, und daher auch eine Erbschaft nur demjenigen anfallen und nur für denjenigen angetreten werden kann, welcher zur Zeit des Anfalls sich noch am Leben befindet. [7] Nun

---

[6] Wächter, im Archiv für civ. Pr. Bd. 25, S. 163, 176, 177. Derselbe, württ. Priv. Recht Bd. 2, S. 93, 94. Savigny, System Bd. 8, S. 134. Sintenis, Civ.-Recht Bd. 1, S. 69, 70.

[7] Bolley, Verm. Auff. Bd. 1, S. 87, 91, 110. Mühlenbruch in d. Forts. von Glücks Comm. Bd. 42, S. 462. Flach, Entsch. des Oberapp. Gerichts zu Wiesbaden Thl. 1, S. 146. Seuffert, Bl. f. Rechtsanw. Bd. 19, S. 17, 33. Bruns in d. Jahrb. des g. d. Rechts von Bekker und Muther Bd. 1, S. 110. Pfeiffer, prakt. Ausf. Bd. 4, S. 362.

ist zwar das Leben ein natürlicher Zustand, der als solcher nicht von gesetzlichen Bestimmungen abhängt, so daß der Regel nach die Frage, nach welchem Recht das Daseyn dieses Zustands zu beurtheilen, nicht entstehen kann, sondern, wo solches in Frage steht, der Beweis entscheidet. Allein bei einem Verschollenen ist dieser Beweis nicht möglich, da ja eben im Begriffe der Verschollenheit liegt, daß über Leben oder Tod der betreffenden Person keine Kunde zu erhalten ist. Hier ist daher die Frage, ob dieser Ungewißheit ungeachtet der Verschollene zu einer während seiner Verschollenheit eröffneten Erbschaft zuzulassen seye, und dieß beruht darauf, ob eine Präsumtion für das Leben eines Verschollenen bis zum Ablauf des 70. Jahres von seiner Geburt an besteht. Hienach hängt die Annahme des Daseyns einer Voraussetzung der Erbfähigkeit eines Verschollenen von dem Bestehen einer dießfälligen gesetzlichen Bestimmung ab, und ob eine solche Gesetzesbestimmung besteht, kann nach der vorangestellten Regel nur nach dem örtlichen Rechte des Wohnorts des Verschollenen beurtheilt werden. Hiegegen ist zwar geltend gemacht worden, daß es sich hier nicht sowohl um das Daseyn eines die Erbfähigkeit bedingenden Zustands als vielmehr um die rechtliche Wirkung des Zustands der Verschollenheit für die Erbfähigkeit handle, nur für die Frage aber, ob eine Person verschollen seye, das Recht des Wohnsitzes derselben entscheide, während die Wirkung dieses Zustands nach den Gesetzen des Inlands, wo der Erblasser sein Domizil gehabt, beurtheilt werden müsse.[8] Es beruht diese Annahme auf dem von Wächter[9] auf=

[8] Wächter im Archiv f. civ. Pr. Bd. 25, S. 363 will für die Erbfähigkeit, als der bloßen rechtlichen Wirkung eines persönlichen Zustands, das inländische d. h. am Wohnsitz des Erblassers geltende Recht entscheiden lassen. Anderer Ansicht ist Savigny, Syst. Bd. 8, S. 313, welcher die persönliche Fähigkeit der zur Erbschaft berufenen Personen für die Regel nach ihrem Wohnsitz, nicht nach dem des Erblassers beurtheilt wissen will.

[9] Württ. Privatrecht Bd. 2, S. 94, 6.

gestellten Satze, daß nur das Vorhandenseyn einer die Rechtsfähigkeit der Person bedingenden Eigenschaft, sofferne solche von einer gesetzlichen Bestimmung abhänge, nach den Gesetzen ihres Wohnsitzes zu entscheiden, die rechtlichen Wirkungen jener Eigenschaft dagegen von den Gerichten nach den Gesetzen ihres Staats zu beurtheilen seyen. Man kann dahin gestellt lassen, wie es sich mit der Richtigkeit dieses Satzes verhalten mag,[10] denn jedenfalls findet derselbe hier keine Anwendung. Abgesehen davon, daß das Verschollenseyn einer Person in dem hier allein in Betracht kommenden Sinne der Abwesenheit ohne erlangbare Kunde von dem Aufenthalt, sowie von dem Leben oder Tod des Abwesenden kein von gesetzlichen Bestimmungen abhängender Zustand, dessen Vorhandenseyn vielmehr lediglich eine Thatfrage ist, von einer Anwendung gesetzlicher Bestimmungen hierauf daher die Rede überhaupt nicht seyn, somit auch nicht das Recht des Wohnsitzes des Verschollenen als hiefür entscheidend erklärt werden kann, so handelt es sich bei der Frage der Erbfähigkeit eines Verschollenen zunächst nicht von einer rechtlichen Wirkung des Verschollenseyns, sondern, wie aus dem bereits Ausgeführten erhellt, darum, ob bei dem Verschollenen, ungeachtet der durch die Verschollenheit bewirkten Ungewißheit über Leben oder Tod des Verschollenen der für seine Erbfähigkeit entscheidende Zustand des Lebens als vorhanden anzunehmen seye, also um die Frage des Vorhandenseyns eines die Erbfähigkeit bedingenden Zustands, nicht um eine Wirkung desselben. Die Fähigkeit eines Verschollenen, Erbe zu werden, läßt sich zwar allerdings als die rechtliche Wirkung eines persönlichen Zustands, d. h. der Annahme oder Nichtannahme seines Lebens betrachten; allein es handelt sich ja zunächst nicht

[10] Vergl. dagegen Savigny, Syst. Bd. 8, S. 134 ff., welcher eine Unterscheidung zwischen den rechtlichen Eigenschaften einer Person und den rechtlichen Wirkungen dieser Eigenschaften mit Recht verwirft.

von dieser Wirkung, nicht davon, ob der Verschollene, wenn er als lebend zu betrachten, erbfähig sey, in welcher Beziehung für den Verschollenen dieselben Grundsätze, wie für jeden Andern gelten, sondern die Frage ist nur, ob die Bedingung der Erbfähigkeit, das Leben selbst, als vorhanden anzunehmen, und soferne dieß von Bestimmungen des positiven Rechts abhängt, kann hierüber auch nach den von Wächter aufgestellten Grundsätzen nur das örtliche Recht des Wohnsitzes des Verschollenen entscheiden. Als Wohnsitz des Verschollenen muß aber derjenige betrachtet werden, welchen er bis zur Zeit seines Verschwindens inne hatte.

Entsch. des Obertribunals vom 8./10. Juli 1862 in S. von J.schen Erben und Gen. ca. A'sche Abw. Kuratel.

3) Nach welchem Recht wird das elterliche Erziehungsrecht bei Ausländern bestimmt.

Die Kinder eines Kaufmanns W. zu Basel waren gegen den Willen ihres Vaters von deren Großmutter in Gemeinschaft mit einem für die Kinder bestellten Vormund in einem württembergischen Erziehungsinstitut zu K. untergebracht worden. Zur Abwehr der bei den württ. Gerichten erhobenen Klage des Vaters auf Herausgabe der Kinder legte der Vorsteher des Instituts zwei Urkunden vor und zwar 1) eine vom Bürgermeister und Rath des Kantons Basel ausgestellte Beurkundung, daß durch Beschluß der Basler Regierung der Großmutter der W.'schen Kinder das freie Verfügungsrecht über dieselben eingeräumt worden sey, unter Ausschluß jeder Einwirkung des Vaters und mit der Aufforderung an die auswärtigen Behörden, einer solchen Einwirkung nöthigenfalls mit Gewalt entgegenzutreten; 2) ein von dem Präsidenten des Justizkollegium zu Basel an den Institutsvorsteher zu K. gerichtetes amtliches Schreiben des Inhalts, daß der Vormund der W.'schen Kinder sich wegen des Anspruchs ihres Vaters auf deren Herausgabe an das Waisengericht zu Basel gewendet, die Sache daher dort anhängig seye, und vor Austrag derselben

Niemand als der Vormund über die gedachten Kinder verfügen könne. Dieser Urkunden ungeachtet wurde von dem Gericht zweiter Instanz angenommen, daß der Kläger in seiner Eigenschaft als leiblicher Vater als im Vollgenusse der väterlichen Gewalt stehend zu betrachten seye und damit seinen Anspruch hinreichend begründet habe, indem hiegegen die beurkundete Entziehung des Erziehungsrechts und dessen Uebertragung auf die Großmutter und beziehungsweise den Vormund der Kinder nicht in Betracht komme, weil die betreffenden Verfügungen der Regierung zu Basel und des Präsidenten des dortigen Justizkollegiums den Charakter außergerichtlicher Verfügungen an sich tragen, und erst durch gerichtliche Entscheidung festzustellen sey, wem das Recht der Erziehung zukomme. Diese Ansicht wurde von dem Obertribunal nicht für richtig erkannt. Denn nach richtigen Grundsätzen des internationalen Rechts sind in Absicht auf die Familienverhältnisse der Ausländer unter sich in der Regel nur die Gesetze und Einrichtungen ihres Staats maßgebend und es kann folgerecht die Art und Weise, wie von den obrigkeitlichen Behörden zu Basel das Rechtsverhältniß in der dortigen Familie W. hinsichtlich des Rechts und der Pflicht zur Erziehung der fraglichen Töchter geordnet worden ist, weder was das Materielle der Beurtheilung, noch was die Form des Verfahrens betrifft, zum Gegenstand einer Revision durch auswärtige Behörden gemacht werden, vielmehr erscheint die von den Behörden ausgedrückte Erwartung vollkommen gerechtfertigt, daß der Zustand, wie er Seitens der dortigen Obrigkeit zur Zeit geregelt worden, als ein rechtlich bestehender auch auswärts werde geachtet werden, und daß Einsprachen betheiligter Familienglieder hiegegen nur vor den dortigen Behörden zum Austrag zu bringen seyen.[11] Hieraus ergibt sich, daß

[11] Wächter, württ. Privatrecht Bd. 2, S. 98. Savigny, Syst. Bd. 8, S. 94 ff.

dem Kläger, obwohl er leiblicher Vater, die Befugniß zur Einwirkung auf die Erziehung seiner Töchter zur Zeit rechtlich entzogen ist, und seinem Anspruche auf die Herausgabe seiner Töchter somit die rechtliche Grundlage fehlt.

Entsch. des Obertribunals vom 25. Januar 1861 in S. W. c. St.

4) Entschuldbarer Rechtsirrthum.

Der Rechtsirrthum ist entschuldbar, wenn rechtsungelehrte Parteien der unrichtigen Rechtsbelehrung der Obrigkeit, vor der sie streiten, Gehör schenken, und Folge leisten; denn weil sie der besseren Einsicht der Obrigkeit sollen vertrauen dürfen, kann ihnen nicht zum Vorwurf gereichen, wenn sie rechtsgelehrten Rath Dritter beizuziehen versäumt und irriger obrigkeitlicher Belehrung über ihre Rechtsverhältnisse Folge geleistet haben. [12]

Entsch. des Obertribunals vom 17. Juni 1862 in S. R. c. R.

5) Wohnsitz der Kinder, welche einen solchen noch nicht selbst gewählt haben.

So lange Kinder noch keinen eigenen, selbst gewählten Wohnsitz haben, [13] behalten dieselben denjenigen

---

[12] l. 9. §. 3 D. de jur. et facti ign. (22,6); l. 10 D. de bon. poss. (37,1.)

[13] Die freie Wahl eines Wohnsitzes setzt das Vorhandenseyn der Dispositionsfähigkeit voraus; Minderjährige können daher einen eigenen Wohnsitz nur mit Zustimmung des Vaters oder Pflegers, beziehungsweise der vormundschaftlichen Behörde begründen. Vergl. Bar, das internationale Privat- und Strafrecht S. 96. Doch kann diese Zustimmung auch durch konkludente Handlungen erklärt werden. Ob Kinder einen eigenen Wohnsitz in rechtsgiltiger Weise gewählt haben, ist eine Thatfrage; bei der Entscheidung, welcher obige Sätze entnommen sind, wurde ausgesprochen, daß darin, daß ein minderjähriger Sohn nach der Entfernung seines inzwischen verschollenen Vaters seiner Mutter an deren neuen Wohnort gefolgt und sich bei ihr bis zu Vollendung seiner Lehrzeit aufgehalten hatte, so wenig, als darin, daß er sich nach dieser Zeit als Handlungskommis an einen anderen Ort be-

Wohnsitz bei, welchen sie ohne eigene Wahl von der Geburt an haben, und dieß ist bei ehelichen Kindern der Wohnsitz ihres Vaters, da es ein anerkannter Satz ist, daß eheliche Kinder von ihrer Geburt an den Wohnsitz ihres Vaters theilen, und solchen selbst nach dem Tode des Vaters und bis zur Wahl eines eigenen Wohnsitzes beibehalten.[14] Dieß gilt auch in dem Falle, wenn die Kinder sich nach dem Tode des Vaters oder, im Falle einer Trennung der Eltern, nach dieser Trennung bei der Mutter an einem von dem letzten Wohnsitze des Vaters verschiedenen Wohnorte derselben aufhalten,[15] da ein eigener Wohnsitz der Kinder durch diesen Aufenthalt

---

geben, die Absicht der Wahl eines eigenen, festen und bleibenden Wohnsitzes gefunden werden könne. Von einer andern Ansicht bezüglich des Wohnsitzes eines Handlungskommis ist das Oberapp. Gericht zu München in einer, in den Bl. f. Rechtsanw. Bd. 19, Erg.-Blatt S. 81 ff. mitgetheilten Entsch. vom 12. Juni 1854 ausgegangen, welche jedoch nicht für richtig zu erkennen seyn wird.

[14] Glück, Comm. Bd. 6, S. 262 f. Savigny, Syst. Bd. 8, S. 62, Ziff. 2 und Note t. S. 102, 103. Seuffert, Pand. (4. Aufl.) Bd. 1, S. 129, Note 19. Wetzell, Civilprozeß S. 347, Note 56, 61. Gesterding im Archiv f. civ. Praxis, Bd. 7, S. 426, 427. Scheurlen, Civilprozeß Bd. 1, S. 239, 240, Note 14. Seuffert, Archiv Bd. 11, Nro. 299. Sarwey, Monatschr. Bd. 1, S. 312—315, Bd. 13, S. 309. Hufnagel, Mitth. Bd. 1, Nro. 52, S. 131 ff. Berner-Schäfer, das Verf. S. 145. Das Obertribunal hat am 2. Dezember 1836 ausgesprochen, daß es auf den Wohnsitz des Vaters zur Zeit der Geburt des Kinds ankomme. Sarwey a. a. O. Bd. 1, S. 314, 315. Allein diesem steht entgegen, daß die Kinder, wenn der Vater nach ihrer Geburt einen neuen Wohnsitz begründet, demselben dahin zu folgen haben, und daher nicht abzusehen ist, warum auch in diesem Falle der Wohnsitz des Vaters zur Zeit der Geburt des Kinds als der fortdauernde Wohnsitz des letzteren zu betrachten seyn sollte, vielmehr muß im Falle einer nach der Geburt des Kindes eingetretenen Aenderung des Wohnsitzes des Vaters der neue Wohnsitz auch für denjenigen des Kinds entscheiden, wofür sich auch die eben angeführten Schriftsteller ausgesprochen haben.

[15] Vergl. auch Bar, das internationale Privat- und Strafrecht S. 97.

an sich nicht begründet wird, der Wohnsitz der Mutter aber nur bei unehelichen Kindern, bei ehelichen Kindern dagegen nur derjenige des Vaters in Betracht kommt.[16]

Entsch. des Obertribunals zu Stuttgart vom 8./10. Juli 1862 in S. v. J.'sche Erben c. A.'sche Abw. Kuratel.

6) Floßbare Gewässer, Begriff und rechtliche Natur derselben.[17]

Ein floßbares Gewässer ist nach den in Theorie und Praxis allgemein festgehaltenen Grundsätzen des heutigen deutschen Privatrechts unbedingt zu den öffentlichen zu zählen,[18] und nur bezüglich der nicht schiffs- oder floßbaren Gewässer gilt der Satz, daß sie, je nach den faktischen und rechtlichen Verhältnissen des einzelnen Falls, an sich möglicher Weise auch Gegenstand des Privateigenthums seyn können.[19] Floßbar ist aber ein Gewässer, wenn auch nur ein Theil desselben mit Flößen befahren wird, und steht dieses fest, so ist das Gewässer ein öffentliches, wenn auch ein anderer Theil des Flüßchens mit wirklichen Flößen nicht sollte befahren werden können.[20]

Entsch. des Obertribunals vom 5. Sept. 1860 in S. der St. H. W. Z. T. c. die St. F. V.

---

[16] Eine willkürliche und mit nichts begründete Ausnahme macht Gesterding a. a. O. für d. Fall, wenn die Mutter schon bei der Geburt des Kinds von ihrem Ehemann geschieden an einem anderen Orte lebte; in diesem Fall soll das Kind den Wohnsitz der Mutter theilen.

[17] Vergl. hierüber im Allgemeinen meine Mittheilung in Seufferts Archiv Bd. 14, Nro. 201 und die dort angeführte Literatur.

[18] Gerber, deutsches Privatrecht §. 63. Mittermaier, deutsches Privatrecht Bd. 1, §. 222 a. Schwab, Konflikte im Beil. Heft zu Bd. 30 des civ. Archivs S. 12 ff. Sintenis, Civ. R. Bd. 1, S. 418, Note 44.

[19] Sarwey, Monatschr. Bd. 17, S. 208. Dieses Archiv Bd. 1, S. 268, Bd. 2, S. 313, 314.

[20] Mittermaier, a. a. O. Bd. 1, §. 222 a. (Aufl. 5) S. 521, Aufl. 7, S. 616 f.

7) Beschädigungen durch Anlagen des Nachbars. Cautio damni infecti.

Ein an einem Mühlkanal sich hinziehender, im Eigenthum der Gemeinde E. befindlicher Abhang oder Rain war in Folge anhaltenden Regens theilweise eingestürzt und in den Mühlgraben gefallen, was den Müller veranlaßte, gegen die Gemeinde auf Räumung des Mühlkanals, beziehungsweise Tragung der durch die Räumung verursachten Kosten Klage zu erheben. Diese Klage wurde von dem Obertribunal nicht für gegründet erkannt; denn, sagen die Entscheidungsgründe, es ist ein anerkannter Grundsatz des römischen Rechts, daß für Beschädigung eines Grundstücks, welche dasselbe durch die schlechte Beschaffenheit eines Nachbargrundstücks erlitten hat, ein Ersatz nicht gefordert werden kann, wenn nicht vorher wegen der drohenden Gefahr Sicherstellung (cautio damni infecti) verlangt war. l. 6. l. 7. §. 2. l. 44 pr. D. de damn. inf. (39, 2.)[21] Der Kläger hat sich zwar darauf berufen, daß nach l. 18 D. de serv. praed. urb. (8, 2) auch ohne vorgängige Kaution eine actio in factum in solchen Fällen statthaft sey; allein diese Gesetzesstelle, gleichwie andere, ein ähnliches Prinzip aufstellenden, l. 27, §. 10 D. ad Leg. Aquil. (9, 2) und l. un. §. 5 D. de rip. mun. (43, 15), setzen voraus, daß die Beschädigungen, durch besondere Vorrichtungen, wobei der Nachbar sich eine Fahrlässigkeit zu Schulden kommen ließ, bewirkt wurden,[22] und können daher dem obigen allgemeinen Grundsatz keinen Eintrag thun. Da in dem vorliegenden Fall eine Sicherstellung vor der eingetretenen Beschädigung vom Kläger nicht verlangt worden ist, und der

---

[21] Vangerow, Leitf. Bd. 3 (6. Aufl.), S. 567, 581. Sintenis, Civilrecht (2. Aufl.) Bd. 2, S. 784. Seuffert, Archiv Bd. 7, Nro. 185.

[22] Reichardt, über das Recht des Eigenthümers im Archiv. f. civ. Prax. Bd. 30, S. 224. Hesse, das Rechtsverh. zwischen Grundstücksnachbarn (1859) S. 9, 125 ff.

Rain nicht als eine solche schädliche Vorrichtung, wie in den zuletzt erwähnten Gesetzesstellen gemeint ist, erscheint, vielmehr die Gefahr drohende Beschaffenheit desselben in seiner natürlichen Lage enthalten ist, so kann aus den Gesetzen der Anspruch des Klägers auf Entfernung der in den Mühlkanal gerutschten Erde nicht hergeleitet werden.

Entsch. des Obertribunals vom 31. Januar 1862 in S. R. c. Stadtgemeinde E.

8) Benützung eines gemeinschaftlichen Hofraums zum Ablauf von Abwasser.

Die Benützung des in einem gemeinschaftlichen Hofraum bestehenden Kandels zum Ablaufe des Abwassers ist ein Ausfluß der in dem Miteigenthum liegenden Befugniß des Gebrauchs der gemeinschaftlichen Sache zu dem Zwecke, zu welchem dieselbe bestimmt ist, und kann daher von dem Miteigenthümer nicht verhindert werden.

Entsch. des Obertribunals vom 28. Januar/4. Februar 1862 in S. K. c. E.

9) Unstatthaftigkeit der Theilungsklage, wenn die gemeinschaftliche Benützung für die Betheiligten durchaus nothwendig ist.

Die Regel, daß in allen Fällen auf Theilung geklagt werden könne, wo nicht ausdrückliche Gesetze, Verträge oder rechtsgiltige Verordnungen eines Dritten entgegenstehen, erleidet dann eine Ausnahme, wenn die gemeinschaftliche Benützung eines Theils der Sache für beide in der Gemeinschaft Betheiligte durchaus nothwendig ist.[23] Dieß ist insbesondere dann der Fall, wenn die Fortdauer der Gemeinschaft für den Gebrauch oder die Bewirthschaftung eigenthümlicher Grundstücke oder Gebäude in dem Maße erfordert wird, daß im andern Falle der

[23] l. 19, §. 1. D. comm. div. (10,3) vergl. auch l. 35, §. 3. D. de R. V. l. 26, §. 2. D. de leg. I.

eine von beiden gegen den andern auf Verstattung eines gleichen Gebrauchs im Wege erzwungener Bestellung einer Nothservitut bringen könnte. Ein Fall dieser Art ist demjenigen, wo die Aufhebung der Gemeinschaft durch positive Gesetze ausgeschlossen ist, gleich zu achten, weil derjenige, welcher einen gesetzlichen Grund für sich hätte, für den Fall der Theilung seinen Nachbar zur Abtretung einer, in dessen ihm durch die Theilung zufallenden Alleineigenthum liegenden Befugniß zu zwingen, um so viel mehr befugt seyn muß, sich der Aufhebung eines für sein Grundstück nothwendigen Zustands zu widersetzen. [24]

Aus diesem Grunde wurde die Theilungsklage als unstatthaft erkannt in einem Falle, wo ein gemeinschaftlicher, zu vertheilen beantragter Hofraum die wesentliche Bestimmung hatte, beiden Interessenten als gemeinschaftliche Aus- und Einfahrt, beziehungsweise Aus- und Eingang zu dienen, und diese Zweckbestimmung bei einer reellen Abtheilung nicht mehr hätte erfüllen können, so daß gleichzeitig mit der Theilung beiden Theilhabern nothwendige Servituten hätten auferlegt werden müssen, um ihnen in gedachter Beziehung das zu gewähren, was die bestehende Gemeinschaft von selbst mit sich brachte.

In einem andern Falle wurde die auf Abtheilung gemeinschaftlicher Eingänge, Hausgänge, Treppen, Abtritte u. s. w. eines im Uebrigen reell abgetheilten Wohnhauses gerichtete Theilungsklage wegen der Nothwendigkeit der gemeinschaftlichen Benützung der fraglichen Räume für beide Hausbesitzer gleichfalls als unstatthaft abgewiesen. [25]

Entsch. des Obertribunals vom 1. Juni 1853 in S. M. c. R.; vom 28. Januar/4. Februar 1862 in S. K. c. E.

---

[24] Seuffert und Glück, Bl. f. Rechtsanw. Bd. 5, S. 109 f. Holzschuher, Theorie und Casuistik Bd. 2, Abth. 2, S. 839.

[25] Sarwey, Monatschr. Bd. 19, S. 211 ff. Seuffert, Archiv Bd. 7, Nro. 176. Tafel, Civilrechtsspr. Bd. 5, S. 223 ff.

10) Der Käufer einer Sache hat vor deren Tradition keine Eigenthumsklage.

Wie man auch die Frage beantworten mag, ob und nach welchen Beziehungen in einzelnen Fällen Klagerechte eines Rechtsvorgängers gegen einen Dritten auch ohne ausdrückliche Cession auf den Rechtsnachfolger übergehen, und welche Rechte und persönliche Klagen der Käufer einer Sache nach dem Abschlusse des Kaufvertrags, aber vor Vollziehung desselben durch Uebergabe der erkauften Sache, insbesondere in Absicht auf Vortheile und Beschädigungen der Sache gegen Dritte erwirkt, [26] so geht jedenfalls die Eigenthumsklage und damit die Befugniß, den Kaufsgegenstand von dem dritten Besitzer zu vindiciren, nicht schon durch den Abschluß des Kaufvertrags und vor erfolgter Tradition auf den Käufer eines Grundstückes über, da als Regel feststeht, daß zu Begründung der Eigenthums- wie der publicianischen Klage vor Allem ein Eigenthumsrecht auf Seiten des Klägers erfordert wird, ein solches aber für den Käufer vor erfolgter Tradition nicht entstanden, vielmehr für diesen durch den Kaufvertrag nur das Recht erwachsen ist, von dem Verkäufer, und nur von diesem, und zwar auch von diesem nicht mit der Vindikations-, sondern mit einer persönlichen Klage aus dem Kaufvertrage die Uebergabe der erkauften Sache zu verlangen. Von dieser Regel gibt es zwar insofern einige (übrigens mehr nur scheinbare) [27] Ausnahmen, als in den Gesetzen gewissen Personen, die nicht eigentlich Eigenthümer sind, aus besonderen Gründen die Vindikation utiliter eingeräumt ist. (l. 2 D. quando ex facto tut. (26, 9.) l. 55. D. de donat. inter vir. et ux. (24, 1.) cst. 8. Cod. de rei vind. (3, 32.) Allein daß auch dem Käufer, welcher wegen nicht erfolgter Tradition

---

[26] Savigny, Obligationenrecht Bd. 1, S. 243 ff.

[27] Vergl. Vangerow, Leitf. Bd. 1, S. 579. Sintenis, Bd. 1, §. 52, Note 7.

noch nicht Eigenthümer geworden, eine rei vindicatio utilis zustehen solle, ist in den Gesetzen nirgends ausgesprochen, und daher kein Grund vorhanden, jene Ausnahmsfälle auf andere Fälle anzuwenden, und im Widerspruch mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen für den Käufer, so lange dieser nicht Eigenthümer geworden ist, den selbstverständlichen Uebergang des Eigenthums auf ihn zu fingiren, und zu seinen Gunsten eine Ausdehnung oder analoge Anwendung der Vindikatsklage durch Verleihung einer rei vindicatio utilis für zulässig zu halten, und dieß um so weniger, da auch schon die publicianische Klage gewissermaßen eine vindicatio utilis ist,[28] gleichwohl aber auch diese zu ihrer Begründung das Eigenthum auf Seiten des Klägers voraussetzt.

Entsch. des Obertribunals vom 26. Juni 1861 in S. v. U. c. L.

11) **Realdienstbarkeiten und Reallasten bedürfen zu ihrer Entstehung durch Vertrag des Hinzutritts des gerichtlichen Erkenntnisses.**

Nach Landrecht Thl. II., Tit. 9, §. 10 können Realdienstbarkeiten durch Vertrag ohne hinzukommendes gerichtliches Erkenntniß nicht entstehen, und dieß gilt nach der richtigen Auslegung des §. 11 desselben Titels, welche aus dessen Entstehungsgeschichte sich ergibt, und von den Rechtslehrern allgemein angenommen ist, auch von denjenigen Realdienstbarkeiten, welche der Verkäufer eines Grundstücks beim Verkaufe sich auf denselben vorbehalten will.[29]

---

[28] **Gajus Instit. IV.** §. 34—36.

[29] Griesinger, Commentar Bd. 2, S. 549. Reinhardt, Comm. Thl. 1, S. 187. Weishaar, württ. Privatrecht Thl. 2, S. 54, 55. Reyscher, württ. Privatrecht Bd. 2. S. 60. Wächter, württ. Privatrecht Bd. 1, S. 474. v. Sarwey, in diesem Archiv Bd. 1, S. 369 ff.

Entsch. des Obertribunals vom 15. Juni 1861 in S. M. c. B. [80]

Dasselbe wurde bezüglich vertragsmäßiger Begründung von Reallasten angenommen.

Entsch. des Obertribunals vom 27. Juni 1862 in S. der Stadtgemeinde G. c. B.

12) Stillschweigende Willenserklärung einer Gemeindekorporation.

Eine Gemeindekorporation hat als blos gedachte Person keinen Willen, ihr Wille wird fingirt, und diese Fiktion ruht nicht auf dem Willen der einzelnen Mitglieder der Gemeinde, sondern auf dem Willen der zu ihrer Vertretung gesetzlich bestellten Gemeindekollegien. Es kann daher eine Gemeinde nur durch diese und nicht auch durch ihre einzelnen Mitglieder mit rechtlicher Wirkung ihren Willen erklären, und es muß dieß folgerichtig gelten, ob es sich um eine ausdrückliche oder stillschweigende Willenserklärung handelt. Auch eine stillschweigende Willenserklärung einer Gemeinde kann daher nur aus Handlungen der Gemeindekollegien gefolgert werden, und nicht haltbar erscheint der von dem Obertribunal den 22. Dezember 1845 in S. der Gemeinde B. c. D. und Gen. ausgesprochene Satz, daß es, wenn Gemeindekorporationen ihren Willen stillschweigend durch Handlungen erklären, zu dieser Art der Willenserklärung nicht eines förmlichen Gemeindebeschlusses bedürfe. Daß die Gemeindekollegien ihren Willen nicht blos ausdrücklich, sondern auch stillschweigend durch Handlungen erklären können, sagen die Motive eines neuen Obertribunalerkenntnisses, läßt sich mit Grund nicht bezweifeln, und die Vorschriften, welche die Gesetze in Absicht auf die Beschlüsse der Gemeindekollegien aufgestellt haben, stehen nicht entgegen, wohl aber folgt aus diesen gesetzlichen Bestimmungen, daß nur

[80] Obige Entscheidung findet sich vollständig in Tafels Civilrechtsspr. Bd. 5, S. 201 ff.

solche Handlungen der Gemeindekollegien in Betracht kommen können, welche auf Beschlüssen der letzteren beruhen. Denn nur der in den Beschlüssen vereinte und erklärte Wille der einzelnen Mitglieder der Kollegien kann als der Wille des Kollegiums angesehen werden. Handlungen, die nur je auf dem Willen der einzelnen Mitglieder eines Kollegiums beruhen, erscheinen blos als Handlungen dieser einzelnen Mitglieder, und aus ihnen kann also nicht auf eine stillschweigende Willenserklärung des Kollegiums geschlossen werden.

Entsch. des Obertribunals vom 9. April 1861 in S. W. c. Gemeinde D.

13) **Die Wirksamkeit der unter einer Voraussetzung erfolgten Willenserklärung wird durch die Nichtexistenz oder den Nichteintritt der Voraussetzung ausgeschlossen.**

Wenn eine Willenserklärung unter einer bestimmten, in ihr erkennbaren Voraussetzung erfolgt ist, so wird, wenn die Voraussetzung nicht zutrifft, deren Wirksamkeit ausgeschlossen. Denn steht gleich die Existenz des unter einer Voraussetzung erklärten Willens insolange, als die Voraussetzung nicht zur wirklichen Bedingung gemacht worden, außer Frage, da der Beweggrund einer Willenserklärung ohne Einfluß auf das Daseyn des erklärten Willens ist,[31] so hat doch derjenige, welcher seinen Willen unter einer Voraussetzung erklärt hat, damit an den Tag gelegt, daß er ohne das Daseyn der vorausgesetzten Thatsache seinen Willen nicht erklären würde, ebendamit aber seinen Willen in gewisser Weise beschränkt und zu erkennen gegeben, daß dessen Wirksamkeit von dem Bestehen oder dem Eintritt der Voraussetzung abhängig seyn solle. Ist aber dieß der Fall, steht, um mit Windscheid zu reden, hinter dem erklärten wirklichen

---

[31] Vergl. Meine Ausführung in der Monatschrift von Sarwey Bd. 20, S. 186 ff., Note 1, 2.

Willen der eigentliche[32] und ist letzterer bei dem Abschluß des Rechtsgeschäfts als erkennbar hervorgetreten, so steht demjenigen, welcher aus der zu seinen Gunsten erfolgten, durch die Voraussetzung aber beschränkten Willenserklärung, der Nichtexistenz oder des Nichteintritts der Voraussetzung ungeachtet, Rechte für sich ableiten will, die exceptio doli entgegen, da es als eine dolose Handlungsweise sich darstellt, wenn derjenige, welcher weiß, daß eine Willenserklärung nur unter der Voraussetzung des Daseyns oder des Eintritts einer gewissen Thatsache erfolgt ist, trotz deren Nichtexistenz die Willenserklärung für sich geltend macht.[33]

Entsch. des Obertribunals vom 8./10. Juli 1862 in S. v. J.'sche Erben c. A.'sche Abw.Kuratel.

Hat Jemand unter der erklärten oder aus den Umständen sich ergebenden Voraussetzung der Existenz oder

---

[32] Windscheid, die Voraussetzung S. 1—6, 12, 42, 58, 82, ff. 93 ff., 203—207, faßt die Voraussetzung als eine Selbstbeschränkung des Willens, als eine unentwickelte Bedingung auf, indem durch dieselbe zwar nicht die Existenz, wohl aber die Wirksamkeit des Willens von einem gewissen Zustande der Verhältnisse abhängig gemacht werde. Das unter einer Voraussetzung gewollte Rechtsverhältniß bestehe daher zwar mit dem wirklichen, aber gegen den eigentlichen Willen, und die Folge hievon seye, daß gegen denjenigen, zu dessen Gunsten jenes Rechtsverhältniß begründet worden, eine condictio stattfinde, indem, wer Etwas aus einer Willenserklärung habe, deren Voraussetzung ermangle, ohne Grund habe.

[33] Wesentliche Bedingung hiefür ist jedoch, daß die Voraussetzung in der Willenserklärung auf eine unzweideutige Weise sich manifestirt, der Wille als ein durch die Voraussetzung beschränkter sich in der Erklärung auch äußerlich dargestellt hat. Denn war der hinter dem wirklichen Willen stehende eigentliche Wille für den Mitkontrahenten nicht erkennbar, so kann von einem dolus seiner Seits keine Rede seyn, wenn er die zu seinen Gunsten erfolgte Willenserklärung für sich geltend macht, und es ist die der Willenserklärung zu Grund liegende Voraussetzung als ein bloßer Beweggrund nicht zu beachten. Vergl. Windscheid a. a. O. S. 5, 6 und 82 ff.

des Eintritts einer gewissen Thatsache eine Zahlung gemacht, so ist er, wenn die Voraussetzung sich nicht verwirklicht, befugt, das Gezahlte vermittelst der condictio ob causam datorum zurückzufordern.

Entsch. des Obertribunals vom 17. Sept. 1853 in S. v. S. c. W.

In einer andern Sache wurde angenommen, die bedungene Verzinsung des Kaufschillings vom Tage der gerichtlichen Bestätigung des Kaufs an habe auf der, der gesetzlichen Regel entsprechenden, — l. 13, §. 2, D. (19, 1), — stillschweigenden Voraussetzung — l. 11, §. 1, 2, D. eod. l. 3, D. (12, 1) — daß die Gutsübergabe sofort nach jenem Akte erfolgen werde, beruht.[35] Da dieß nicht geschehen, der Verkäufer vielmehr die Räumung unter den nichtigsten Vorwänden verweigert hatte, so wurde der Käufer erst vom Tage der Uebergabe der Kaufsobjekte an zur Bezahlung von Zinsen für schuldig erkannt.

Entsch. des Obertribunals vom 6. Juni 1856 in S. W. u. F. c. K.

14) Einrede der einseitigen Simulation bei einem Vertrage.[36]

Es ist ein anerkannter Rechtsgrundsatz, daß bei einem Vertrage in dem Verhältniß der Kontrahenten zu einander nur der gegenseitig erklärte Wille in Betracht kommt, und keine Partei sich auf das berufen kann, was sie in absichtlichem Widerspruch mit ihrer Erklärung auf eine dem Gegner nicht erkennbare Weise gedacht hat.[37] Wenn daher die Willenserklärung eines Kontrahenten

---

[34] Koch, Recht der Forderungen Bd. 3, S. 305. Strippelmann, Entsch. Bd. 5, S. 267, 658.

[35] Hievon wurde auch ausgegangen bei der Entsch. des Obertribunals vom 7. Januar 1840 in S. E. c. St.

[36] Ueber die Beweislast bei behaupteter Simulation beider Vertragsparteien vergl. dieses Archiv Bd. 4, S. 195, 196, Nro. 23. Maxen, Beweislast ꝛc. S. 130.

[37] Wächter, Württ. Priv. R. Bd. 2, S. 743.

äußerlich als eine verbindende sich darstellt, und der Mangel der Ernstlichkeit seines Willens in keiner für seinen Mitkontrahenten erkennbaren Weise hervorgetreten ist, so ist die Einrede, daß die Erklärung eine simulirte gewesen, nicht statthaft.

Entsch. des Obertribunals vom 1. Juni 1861 in S. G. c. U.

Es liegt in diesem Falle zwar eine Erklärung ohne Willen vor, allein da alle Rechtsordnung auf der Zuverlässigkeit jener Zeichen beruht, welche der allgemeine Gebrauch und die allgemeine Sitte zur Erklärung des Willens bestimmt hat, so soll, wie Savigny[38] ausführt, der für den Mitkontrahenten nicht erkennbare Widerspruch zwischen Willen und Erklärung keine Beachtung finden, und die übrigens fehlerlose Erklärung ohne Willen so gut wie eine Willenserklärung gelten, falls nur der Mangel des Willens dem, der dem Handelnden gegenüber steht, nicht ersichtlich ist. Eine im Grundsatz hievon etwas abweichende und einleuchtend begründete, im Resultate aber wenig differirende neue Theorie stellt Schliemann[39] auf. Zwar geht auch er davon aus, daß der blos innerlich gebliebene, also in dem bloßen Gedanken des Handelnden eingeschlossene Widerspruch zwischen dem Willen und der Erklärung keine Beachtung finden könne, weil die Rechtsordnung auf der Zuverlässigkeit der zur Erklärung des Willens gebräuchlichen Zeichen beruhe. Es sey daher erforderlich, daß äußerlich erkennbar solche der Erklärung vorausgehende oder sie begleitende Umstände hervortreten, welche die Kraft und Bedeutung der Willenserklärung aufheben, dergestalt, daß man sagen müsse, unter diesen Umständen kann aus der Erklärung nicht auf den derselben entsprechenden Willen gefolgert werden. Allein daß in jedem Falle, wo ein zweiseitiges Rechtsgeschäft vorliege, jene Umstände für denjenigen erkennbar

---

[38] System Bd. 3, S. 258, 259.

[39] Die Lehre vom Zwang S. 102, 114 ff.

seyn müssen, mit dem dieses Rechtsgeschäft geschlossen, damit der Widerspruch Berücksichtigung finden könne, folge aus dem an die Spitze gestellten Satze nicht. Wohl aber folge aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, daß eine Berufung des Handelnden auf solche Umstände, welche die Bedeutung seiner Erklärung wieder aufheben, dann ausgeschlossen seye, wo das Geltendmachen derselben eine Unsittlichkeit involvire. Dieß werde aber regelmäßig da der Fall seyn, wo jene Umstände dem Mitkontrahenten nicht erkennbar gewesen, und in der Regel werde daher die Berufung auf den Mangel des Willens allerdings nur da zulässig seyn, wo die Umstände, welche der Willenserklärung ihre Kraft und Bedeutung nehmen, von dem Mitkontrahenten sich erkennen lassen. Aber als Grundsatz könne man nicht aufstellen, daß ein Widerspruch zwischen Willen und Erklärung schlechthin nur dann angenommen werden dürfe, wenn er für den, welcher mit dem Handelnden in unmittelbare Berührung komme, erkennbar werde.

15) Ungiltigkeit eines Vertrags wegen Mangels eines bestimmten Inhalts.

Die Leistung, welche den Gegenstand eines Vertrags bildet, muß bei dem Vertragsabschlusse genau bezeichnet werden, oder es müssen wenigstens genügende Anhaltspunkte gegeben seyn, um den Inhalt und Umfang der versprochenen Leistung mit Sicherheit ermitteln zu können. Fehlt es bei einem Uebereinkommen an ausdrücklicher Bezeichnung oder an einem ausreichenden Maßstabe für Feststellung der Gattung des Vertrags, der Quantität, Qualität und Zeitdauer der Leistungen, und kann daher der Gegenstand des Vertrags nicht einmal nach billigem Ermessen ausgemittelt werden, so liegt kein verbindliches und vollziehbares Rechtsgeschäft vor.[40] Dieß wurde in

---

[40] Sintenis, Civilrecht Bd. 2, S. 26 ff. Wächter, württ.

einem Falle als zutreffend angenommen, in welchem behauptet worden, daß A. die Zusicherung gegeben, er werde dem B. zu Errichtung und Betreibung einer Bierbrauerei nach Kräften behilflich seyn, er werde den B. zu einem Manne machen, er wolle Alles für ihn thun u. s. w. Diese und ähnliche Erklärungen, sagen die Motive, geben keinen sicheren Aufschluß darüber, was denn eigentlich A. versprochen haben solle, und es mangeln daher den behaupteten Zusicherungen die angeführten Erfordernisse eines verbindlichen Vertrags. Denn wenn die Kontrahenten sich selbst gar nicht klar gemacht haben, was eigentlich geleistet werden solle, wenn vielmehr der Gegenstand des Versprechens erst der spätern Ueberlegung der Kontrahenten und den künftigen Umständen unterstellt werden soll, so kann von einem genügenden Konsens und daher von einem rechtlich verbindenden Vertrage nicht die Rede seyn. Es können vielmehr die behaupteten Zusicherungen nur als vorbereitende Erklärungen oder als Eröffnungen allgemeiner Aussichten, deren Verwirklichung von späteren Verabredungen oder von dem freien Belieben und gutem Einvernehmen abhängen sollte, aufgefaßt werden.

Entsch. des Obertribunals vom 26. Sept. 1862 in S. P. c. R.

16) Einrede des nicht erfüllten Vertrags.

Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags in ihrer technischen Bedeutung als einer bloß verzögerlichen Einrede gründet auf der Behauptung, die Klagerhebung sey eine chikanöse, weil Kläger seiner Pflicht in Hinsicht der ihm obliegenden Gegenleistung noch nicht nachgekommen sey; ihr Zweck ist erreicht mit dem Momente, wo der Beklagte versichert ist, daß der Kläger seiner Gegenleistung sich nicht entziehen will und wird. Der Einwand

---

Priv. Recht Bd. 2, S. 686. Savigny, Obligationenrecht Bd. 1, S. 386 f. Unterholzner, Schuldverh. Bd. 1, S. 219 ff. Seuffert, Archiv Bd. 10, Nro. 241; Bd. 12, Nro. 219.

enthält die Geltendmachung eines Retentionsrechts — l. 13 §. 8 D. de act. emti. (19,1) — l. 22 D. de her. vend. (18,4) —, für welches der Gegenstand fehlt, wenn der Kläger schon geleistet hat, oder zu leisten bereit ist. Die Einrede ist daher nicht begründet, wenn der klagende Verkäufer einer Sache in seinem Klagantrage eine Verurtheilung des Beklagten zur Bezahlung des Kaufpreises selbst nur mit der Einschränkung verlangt, daß dieser gleichzeitig die erkaufte Waare empfange, und der Kläger somit zur Uebergabe der verkauften Waare gegen Empfang des Kaufpreises sich bereit erklärt hat. Daß die verkaufte Waare gerade an dem Erfüllungsorte von dem Kläger niedergelegt worden, ist zur Wirksamkeit dieser Bereiterklärung nicht erforderlich. Denn so lange der Käufer selbst es ist, welcher die Erfüllung des Kaufs durch die Weigerung, ihn zu halten, verhindert, kann von dem Verkäufer eine andauernde nutzlose Präsentation am Orte der Erfüllung nicht, sondern nur soviel mit Grund verlangt werden, daß einer prompten Erfüllung, wenn es dazu kommt, kein Hinderniß im Wege steht.[41] Der Erfüllung selbst von Seiten des Verkäufers bedarf es zur Beseitigung der Einrede des nicht erfüllten Vertrags nicht.[42] Denn da es anerkannten Rechtens ist, daß der Verkäufer, wenn er den Kaufschilling nicht geborgt hat, nur gegen Empfang des Kaufschillings zu erfüllen hat, so ist es eine hieraus sich von selbst ergebende, übrigens von Gesetzen

---

[41] Madai, Mora S. 237. Mommsen, Mora S. 142.

[42] Griesinger, Comm. Thl. 2. S. 576 sagt zwar, so lange der Verkäufer nicht übergeben habe, stehe ihm die **exc. non impl. contr.** entgegen. Aber er sagt dieses lediglich, um zu widersprechen, daß nach der Landrechtsstelle Thl. II., Tit. 9, §. 21 der Käufer so unbedingt seinerseits zuerst zu erfüllen habe, daß der Verkäufer den Kaufschilling, auch wenn er seinerseits gar nichts thue, fordern könnte. Von dem Maße dessen, was der Verkäufer zu thun habe, redet er nicht, und war daher offenbar nicht gemeint, speziell die hier vorliegende Frage zu behandeln und zu entscheiden.

und Rechtslehrern hinreichend bestätigte [43]-Folgerung, daß der Verkäufer alsdann und insolange, als der Käufer sich seinerseits der Erfüllung weigert, jeder ihm hinsichtlich der eigenen Erfüllung obliegenden Pflicht genügt, wenn er auf den Zeitpunkt, wo der Käufer erfüllt, mit der eigenen Leistung bereit ist. [44]

Entsch. des Obertribunals vom 2. November 1861 in S. L. u. Comp. c. K.

17) Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags.

Das römische Recht verordnet in l. 13 §. 8 D. de act. emt. et vend. (19, 1), [45] daß beim Kaufe der eine Kontrahent überhaupt nicht zur Leistung verurtheilt werden könne, so lange der andere die ihm obliegende Leistung nicht oder nur zum Theile anbiete, welcher Satz allgemein bei den wesentlich zweiseitigen Obligationen als geltend anerkannt ist. [46] Das Gesetz handelt davon, daß derjenige, welcher auf Erfüllung des Vertrags klagen will, seinerseits die ihm obliegende Leistung zuvor angeboten haben müsse, und das Anbieten einer theilweisen Leistung wird für nicht genügend erklärt, unzweifelhaft deßwegen, weil Niemand zur Annahme einer bloß theilweisen Leistung verbunden ist. [47] Die gedachte Bestimmung läßt

---

[43] l. 39. D. solut. (46,3.) Treitschke, Kaufkontrakt S. 139, Thöl, Handelsr. (3. Aufl.) S. 285.

[44] Seit Art. 16 des Pfandentw. Ges. v. 21 Mai 1828 wäre in der That ohne dieses Recht, auch ohne vorgängige Tradition zu klagen, die Lage des Verkäufers einem unsichern Käufer gegenüber eine sehr schlimme.

[45] Hieher gehören ferner l. 25 D. de act. emt. et vend. (19, 1.) — l. 22 D. de her. vel act. vend. (18, 4.) — l. 31. §. 8. l. 57 pr. D. de aedil. ed. (21, 1.)

[46] Vorausgesetzt, daß nach den Bestimmungen oder der Natur des Vertrags Zug um Zug zu leisten ist, und nicht die Leistung des einen Kontrahenten vorauszugehen hat.

[47] Die l. 13 §. 8 D. de act. emt. et vend. (19, 1.) sagt, daß der Käufer den Kaufpreis und zwar den ganzen, und nicht blos einen

sich daher nicht auf den Fall beziehen, wenn der Beklagte die unvollständige Leistung angenommen hat; vielmehr ist die dem Beklagten zustehende dilatorische Einrede (exceptio non adimpleti contractus) als dadurch bedingt zu betrachten, daß der Beklagte die von dem Kläger angebotene Leistung nicht angenommen, d. h. nicht in der Absicht empfangen hat, im Genusse derselben zu bleiben. [48]

Theil, angeboten haben müsse, wenn er aus dem Kaufvertrage klagen wolle. Denn insolange könne der Verkäufer die verkaufte Sache zum Pfande zurückbehalten. Einen Grund dieser Bestimmung führt das Gesetz nicht an; derselbe kann aber nur darin beruhen, daß der Verkäufer, wenn er nach den Bestimmungen des Vertrags oder der Natur desselben verlangen kann, daß die Uebergabe der verkauften Sache und die Zahlung des Kaufpreises Zug um Zug geschehe, nur gegen Bezahlung des ganzen Kaufpreises zur Leistung des Kaufsobjekts für vertragsmäßig verbunden erachtet werden kann, insolange daher, als nicht der ganze Kaufpreis angeboten wird, eine Verbindlichkeit zur Uebergabe des Kaufsobjekts seinerseits nicht besteht.

[48] Der Satz, daß die Einrede des nicht oder nicht gehörig erfüllten Vertrags durch jede Annahme einer wenn auch nur theilweisen oder mangelhaften Leistung — und zwar, wie im weiteren Verlaufe der Entscheidungsgründe gesagt wird, selbst in dem Falle, wenn die unvollständige oder mangelhafte Leistung unter Vorbehalt angenommen worden — ausgeschlossen werde, wird sich nicht rechtfertigen lassen. Es steht diesem Satze die l. 22 D. de her. vel act. vend. (18, 4.) entgegen, welche ausdrücklich besagt, daß der Verkäufer, auch wenn er einen Theil des Kaufpreises empfangen oder angenommen habe, das Kaufsobjekt pfandweise zurückbehalten könne, wenn der Käufer den Rest nicht zahle. „**Hereditatis venditae pretium pro parte accepit, reliquum emptore non solvente quaesitum est, an corpora hereditaria pignoris nomine teneantur? Respondi, nihil proponi, cur non teneantur.**“ Dasselbe besagt auch l. 13 § 8 D. de act. emt. (19, 1.) Der Grund der exceptio, wie er in der vorigen Note dargelegt worden, trifft an sich auch in dem Falle, wenn ein Theil des Kaufschillings schon bezahlt ist, der Rest aber verweigert wird, in derselben Weise zu, wie wenn noch gar nichts bezahlt worden. Der Verkäufer ist zur Leistung nicht verbunden, so lange nicht auch der Käufer seiner Verpflichtung vollständig nachzukommen bereit ist. „**retinet, quoad emptor satisfaciat.**“ l. 31 §. 8 D. de aedil. ed. (21, 1.) — Soll die Einrede des nicht erfüllten Vertrags in ihrer technischen Bedeutung als dilatorische Einrede durch eine blos theil-

Es würde der Gerechtigkeit widerstreben, dem Beklagten der die theilweise Leistung des Klägers angenommen hat und in deren Genusse sich befindet, das Recht einzuräumen, seiner Seits die ihm obliegende Gegenleistung vollständig zurück zu halten, bis der Kläger auch den anderen Theil geleistet hat. In diesem Falle bleibt dem Beklagten nur übrig, im Wege der Klage oder Widerklage oder nach Umständen der Kompensationseinrede sein Recht auf den Rest der Leistung seines Mitkontrahenten (beziehungsweise seine Entschädigungsforderung wegen der mangelhaften Leistung) geltend zu machen.

Der angeführte Rechtssatz ist von der Doktrin und Praxis auf die Fälle, wo der Kläger zwar der Substanz nach vollständig, dagegen in Betreff der Beschaffenheit mangelhaft geleistet hat, analog ausgedehnt worden, weil derjenige, welcher das Versprochene nicht auf die Weise leistet, wie es ihm hienach obgelegen ist, den Kontrakt

---

weise oder mangelhafte Leistung ausgeschlossen werden, so muß daher diese Leistung unter Umständen erfolgt seyn, welche die Annahme ausschließen, daß der Empfangende seine Leistung von der Vervollständigung und Ergänzung der gegner'schen Leistung abhängig zu machen beabsichtigt habe. So z. B. wenn die nachher als mangelhaft angefochtene Leistung in der Absicht einer vollständigen Erfüllung des Vertrags erfolgt und als eine solche Erfüllung angenommen worden, und ein Abgehen von dem Vertrage wegen des Mangels nicht zulässig oder nicht beabsichtigt ist, oder wenn im Falle einer mangelhaften Leistung der Andere sich nur seine Ersatzansprüche vorbehalten hat u. s. w. In einem solchen Falle kann allerdings von einem Rechte des Empfangenden, seine ganze Leistung bis zu Beseitigung der Mängel zurückzuhalten, die Rede nicht mehr seyn. **arg. l. 4 §. 1 l. 6 §. 4 D. de act. emt. et vend.** (19, 1.) — l. 1. l. 69 §. 6. D. de evict. (21, 2.) In dieser Weise hat sich auch das Obertribunal in einer neueren Entscheidung vom 17. Januar 1862 in S. L. c. M. ausgesprochen. Vergl. die Entsch. in Seufferts Archiv Bd. 1 Nro. 39, 199. Bd. 5 Nro. 147, 308. Bd. 6 Nro. 169. Bd. 9 Nro. 216. — Sächsische Zeitschr. N. F. Bd. 20 S. 183. — Zeitschr. für Braunschweig Bd. 7 S. 60. Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund S. 172—175.

ebenso wenig erfüllt, als der, welcher gar nichts oder das, was er sollte, nur halb thut (exceptio non rite adimpleti contractus). Vermöge der angeführten Bedingung jedoch, welche in jenem Rechtssatze begriffen ist, hängt auch diese analoge Anwendung davon ab, daß zwar der Kläger seine, obwohl ganze so doch mangelhafte, Leistung angeboten, der Beklagte aber dieselbe abgelehnt hat. Nur so lange der Vertrag durch den Kläger überhaupt noch nicht — sey es durch Anbieten seiner unmangelhaften oder durch Annahme der mangelhaften Leistung Seitens des Beklagten trotz der Mängel — zum Vollzuge gekommen ist, kann der Beklagte auch seiner Seits den Vollzug des Vertrags verweigern, wogegen dem Beklagten falls er die Leistung des Klägers trotz der Mängel — wenn auch unter dem Vorbehalt des Anspruchs auf deren Beseitigung oder auf Schadloshaltung — angenommen hat, die genannte verzögerliche Einrede nicht mehr zusteht.

Auf Grund dieser Sätze wurde in einem Falle, in welchem der Klage eines Werkmeisters auf Bezahlung einer Akkordsumme für die Herstellung eines Gebäudes die Einrede entgegengehalten worden war, daß das Gebäude eine große Zahl von Mängeln habe, und der Kläger daher mit der Forderung so lange abzuweisen seye, bis er das Gebäude fehlerfrei hergestellt haben werde, diese verzögerliche Einrede der nicht gehörigen Vertragserfüllung um deßwillen verworfen, weil das Gebäude dem Beklagten längst übergeben, und von ihm bezogen und inzwischen bewohnt worden war, dem Beklagten daher, was die Leistung des Klägers anbelange, nichts übrig bleibe, als entweder im Wege der Widerklage oder der Klage die Verurtheilung seines Mitkontrahenten in die Beseitigung der Mängel zu beantragen, oder wegen dieser Mängel Entschädigung zu verlangen und mit der Entschädigungssumme zu kompensiren.

Entsch. des Obertribunals vom 14. September 1859 in S. S. c. H.

18) Unmöglichkeit der Erfüllung eines Vertrags wegen schon zur Zeit des Vertragsabschlusses entgegenstehender Hindernisse. Kenntniß dieser Hindernisse Seitens des Mitkontrahenten.

Wenn Jemand eine vertragsmäßige Leistung nicht zu erfüllen vermag, weil er schon zur Zeit der Begründung der Obligation kein Recht zu den von ihm in seinem Vertrage gemachten Einräumungen hatte, oder weil das Recht des betreffenden Kontrahenten ein beschränktes, beziehungsweise bedingtes war, und nun die Bedingung eingetreten ist, der Mitkontrahent aber von dem mangelnden Rechte des Andern und von der die Nichterfüllung der Obligation zur Folge habenden Beschränktheit des Rechts des andern Paciszenten Kenntniß hatte, so kann der Mitkontrahent wegen der seinem Anspruche entgegenstehenden exceptio doli generalis nicht mit Erfolg auf Erfüllung klagen und auch nicht ein Aequivalent der Leistung in Anspruch nehmen. [49]

Entsch. d. Obertribunals v. 5. Juni 1861 in S. E. c. T.

19) Erfüllungsverzug des Verkäufers. Rechte des Käufers. [50]

Wenn die Einhaltung eines bestimmten Lieferungstermins nicht vertragsmäßig zu einer förmlichen Bedingung der Giltigkeit des Kaufs erhoben, oder nicht wenigstens, was von einzelnen Handelsrechtslehrern dem gleich gestellt wird, eine nach Tag, Stunde oder Endigungspunkt fest bestimmte Erfüllungszeit verabredet worden ist, so ist das Abgehen des Käufers vom Vertrage bei ver-

---

[49] l. 9. §. 1 locati (19, 2.) — cst. 3 §. 3, 4. Cod. comm. de eg. (6, 43.) Mommsen, die Unmöglichkeit der Leistung S. 17, Note 26, S. 43, Note 11.

[50] Bezüglich des Erfüllungsverzugs des Käufers und der Folgen desselben vergl. dieses Archiv Bd. 4, S. 418 ff. Seuffert, Archiv Bd. 14, Nro. 122.

späteter Lieferung der Waare zunächst an die Voraussetzung zu knüpfen, daß die Verspätung einer rechtlichen Verantwortung des Verkäufers zuzurechnen,[1] daß dieser im Verzuge sey. Denn es ist von selbst klar, daß der Käufer, welcher die Gefahr sogar des Untergangs der Waare trägt, um so mehr jede dem Verkäufer rechtlich nicht zuzurechnende, also nicht auf Verzug beruhende Verspätung zu leiden hat.[51] — Weiter aber führt selbst im Falle eines Verzugs des Verkäufers das für den Käufer hieraus entstandene Entschädigungsrecht nur alsdann zu einem Rechte des Rücktritts vom Vertrage, wenn dieser darzuthun vermag, daß er anders als durch Aufhebung des Kaufs nicht schadlos gestellt werde, daß das Geschäft für ihn in Folge des Verzugs nutzlos geworden sey.[52]

Entsch. des Obertribunals v. 2. Nov. 1861 in S. L. u. Comp. c. K.; v. 20. Mai 1862 in S. R. c. G.

---

[51] In Uebereinstimmung hiemit wurde in einer Entsch. v. 20. Mai 1862 in S. R. c. G. gesagt: der Anspruch des Käufers auf Schadenersatz wegen verspäteter Lieferung setzt voraus, daß entweder der Verkäufer, rechtzeitig zur Leistung aufgefordert, keine Folge geleistet hat, oder, daß derselbe verpflichtet war, dem Beklagten ohne Mahnung zu einer bestimmten Zeit mit seiner Leistung entgegen zu kommen. Die nackte Thatsache, daß der Verkäufer den Vertrag noch nicht erfüllt, kann eine Schadenersatzpflicht nicht begründen, wenn nicht die Unterlassung der Erfüllung ihm zum Verzug zuzurechnen ist. l. 23, l. 33, D. de Verb. Obl. (45, 1.) — l. 32, l. 36, §. 2, D. de usuris (22, 1.) — l. 5, D. de reb. cred. (12, 1.) Mommsen, Beiträge zum Obl. Recht II. S. 66, III. S. 178. Entw. eines allg. d. Handelsgesetzbuchs Art. 356, 357.

[52] Thöl, Handelsrecht (3. Aufl.) S. 372 ff. Bluntschli in den Bl. f. Rechtsanw. Bd. 17, S. 353 ff. Mommsen, Beiträge III. S. 257, 258. Seuffert, Archiv Bd. 11, Nro. 141, 232, Bd. 14, Nro. 123. Weiter geht das OAG. zu Lübeck (Seuffert, Archiv Bd. 2, Nro. 154, Bd. 8, Nro. 351, Bd. 11, Nro. 230), welches annimmt, daß wegen verspäteter Erfüllung von dem nicht morosen Theil ohne Weiteres vom Vertrag abgegangen werden könne, unter Berufung auf Gesetzesstellen: l. 1, pr. D. de act. emt. vend. (19, 1.) — cst. 4, Cod. eod. (4, 49.), welche sich jedoch durch die Betrachtung

20) Welcher Zeitpunkt ist im Falle des Verzugs des Schuldners bei eingetretener Preisveränderung für die Schätzung des zu vergütenden Werths entscheidend?

Die Frage, nach welchem Zeitpunkte im Falle des Verzugs des Schuldners bei eingetretener Preisveränderung die Schätzung des zu vergütenden Werths sich richte, ist im gemeinen Rechte bestritten. Nach der einen Ansicht kann der Gläubiger von dem säumigen Schuldner regelmäßig den höchsten Werth verlangen, welchen die geschuldete Sache während der Dauer des Verzugs erreichte,[53] nach der anderen Ansicht hat der Gläubiger regelmäßig die Wahl zwischen dem Zeitpunkt des Beginns des Verzugs und der Zeit des rechtskräftigen Urtheils (je nachdem der Werth zu jener oder zu dieser Zeit ein höherer war), und nur der Dieb hat ausnahmsweise für den höchsten Werth der ganzen Zwischenzeit zu haften.[54] Dabei herrscht aber eine weitere Meinungsverschiedenheit in Betreff derjenigen Obligationen, deren Erfüllung durch Vertrag auf einen bestimmten Zeitpunkt gesetzt ist, indem die einen auch diese Obligationen im Fall des Verzugs des Schuldners unter die von ihnen aufgestellte Regel stellen,[55] andere Rechtslehrer aber diese Obligationen von der Regel ausnehmen, und bei ihnen, unter Beru-

---

beseitigen, daß nach älterem römischem Recht, welches noch in einer Reihe von Gesetzesstellen vertreten ist, überhaupt eine jede Kondemnation eine Geld- und Interessen-Kondemnation war.

[53] Glück, Comm. B. 13, S. 290 ff. Thibaut, Pand. (8. Aufl.) §. 99. Puchta, Pand. §. 268, Note f. Arndts, Pand. §. 251, Note f.

[54] Savigny, System Bd. 6, §. 275—277. Madai, Lehre von der Mora §. 48. Schweppe, röm. Priv. R. Bd. 3, S. 45. Mommsen, Beiträge zum Obl. Recht Thl. 3, §. 21. Seuffert, Pand. R. Bd. 2, §. 240, Note 5. Sintenis, Civilrecht Bd. 2, S. 189, Note 36, S. 191, Note 41. Wächter, Erörterungen Heft 2, S. 56.

[55] Savigny, a. a. O. Mommsen, a. a. O. S. 212.

fung auf l. 22. D. de R. C. (12,1.) — l. 4. D. de cond. tritic. (13,3.) — l. 11. D. de re jud. (42,1.) — l. 59. D. de V. O. (45,1.), nur die vertragsmäßige Erfüllungszeit als den maßgebenden Zeitpunkt betrachten.[56]

Das württembergische Landrecht aber enthält in dem Titel von Darlehen Thl. II. Tit. 1 §. 11—13 die Bestimmung: daß, wenn vom Verzug an das geliehene Gut im Werthe gestiegen, der säumige Entlehner den höchsten Mehrwerth, den das Gut vom Anfang des Verzugs bis zu rechtskräftigem Endurtheil irgend einmal gehabt habe, zu ersetzen verbunden sey, und zwar ohne Unterschied, ob der Verzug mit dem Ablauf der vertragsmäßigen Erfüllungszeit, oder in Ermanglung einer solchen mit der außergerichtlichen oder gerichtlichen Mahnung des Gläubigers eingetreten ist. Erwägt man, daß die Meinungsverschiedenheit „der Ausleger der Rechte" (wie im zweiten Landrecht an der entsprechenden Stelle ausdrücklich bemerkt ist) zu der gedachten Bestimmung Veranlassung gab, somit eine gemeinrechtliche Controverse entschieden werden wollte, — daß aber jene Meinungsverschiedenheit auf die Fälle des Verzugs überhaupt, nicht bloß auf den Verzug bei dem Darlehen sich bezieht, — daß einige der wichtigsten Gesetzesstellen über den Zeitpunkt der Aestimation bei Preisveränderungen in den Pandektentiteln de rebus creditis (l. 22. pr.) und de condict. tritic. (l. 3. u. 4.) stehen, und den älteren Commentatoren Veranlassung gaben, die Frage hier zu erörtern, — daß auch aus der Haug'schen Relation keine Absicht, die landrechtliche Bestimmung auf das Darlehen zu beschränken, ersichtlich ist,[57] so kann diese Bestimmung nicht als eine singuläre Vorschrift für das Darlehen, sondern sie muß als eine allgemeine Vorschrift aufgefaßt werden, durch welche eine gesetzliche Folge des Verzugs

---

[56] Schweppe, Madai, Thibaut a. a. O.

[57] Faber und Schloßberger, Vorarbeiten zum Landrecht S. 123.

überhaupt (im Fall einer Preisveränderung) festgesetzt werden wollte.[58]

Eine Ausnahme hievon findet auch bei Lieferungskäufen, welche die Lieferung einer Quantität vertretbarer, einen Marktpreis habender, Sachen binnen einer festbestimmten Frist zum Gegenstand haben, nicht statt. Auch bei solchen Lieferungskäufen sind, wenn der Verkäufer mit der Uebergabe der Waaren im Verzug ist, und der Käufer entweder die Erfüllung nebst Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangt, für die Feststellung und Bemessung des Schadens die allgemeinen civilrechtlichen Grundsätze maßgebend.[59] Die Ansicht, daß hier das Interesse des Käufers zunächst nur durch den Marktpreis des vertragsmäßigen Lieferungstermines bestimmt werde, und daß ein späteres Steigen des Preises ohne besondere von dem Käufer nachzuweisende Umstände nicht zu berücksichtigen sey, wird von den Schriftstellern sowohl des Handelsrechts als des Civilrechts und in der Praxis der Gerichte auf die allgemeinen Grundsätze, welche nach ihrer Auffassung das gemeine Civilrecht über Leistung des Interesse und über den Zeitpunkt der Aestimation aufstellt, gestützt.[60] Jener Satz kann daher nicht angewendet werden, wo die partikuläre Civilgesetzgebung, abweichend von jener Auffassung des gemeinen Rechts, den allgemeinen Grundsatz aufstellt, daß der im Verzug befindliche Schuldner schlechthin für den während des Verzugs eingetretenen höchsten Werth verantwortlich sey. Wenn die An-

---

[58] Wächter, Erört. Heft 2, S. 120. Reyscher, württ. Priv. R. Bd. 1, §. 131, Note 10.

[59] Vergl. jedoch Entwurf eines deutschen Handelsgesetzbuchs Art. 355, 357.

[60] Brinkmann, Handelsrecht, §. 98, Note 5—7. Seuffert, Pand. Bd. 2, §. 240, Note 1, 5, vergl. Savigny, System Bd. 6, S. 233. Seuffert, Archiv Bd. 1, Nro. 44, Bd. 2, Nro. 152, Bd. 11, Nro. 140.

wendung dieses landrechtlichen Grundsatzes auf Lieferungskäufe die Folge hat, daß der Käufer den Verzug des Verkäufers dazu benützen kann, auf dessen Rechnung auf späteres Steigen der Preise zu spekuliren, so beweist dieß gegen die Anwendbarkeit des Grundsatzes nichts. Erleidet der Verkäufer durch ein solches Spekuliren des Käufers einen Nachtheil, so hat er sich diesen selbst zuzuschreiben, da es jeden Augenblick in seiner Macht stand, durch Erfüllung, beziehungsweise durch Ersatz des bis dahin entstandenen Schadens, sich außer Verzug zu setzen, und den Nachtheil aus dem späteren Steigen der Preise abzuwenden.

Entsch. des Obertribunals v. 22. Mai 1834 in S. K. c. Sch.; v. 28. Juni 1842 in S. W. c. H.; vom 13. April/17. Mai 1847 in S. B. c. Br.; v. 17. Juni 1861 in S. M. c. Sch.[61] und in S. G. c. Sch.; vom 21. Okt. 1862 in S. F. c. R.

21) Die Insinuation einer Schenkung muß von dem Schenkgeber nachgesucht werden.

Das Obertribunal hat schon wiederholt den Grundsatz ausgesprochen, und den 18. Jan. 1851 in der Rt.-S. M. c. K.,[62] den 5. Juni 1858 in der Rt.-S. W. c. H. und den 17. Sept. 1862 in der Rt.-S. W. c. W.'sche Erben zur Anwendung gebracht, daß die zur Giltigkeit einer Schenkung von mehr als 200 fl. oder von unbeweglichen Sachen erforderliche Insinuation derselben bei Gericht durch den Schenkgeber nachgesucht werden muß, und dieser dem Gerichte seinen Willen, daß die Schenkung vor Gericht insinuirt werde, zu erklären hat. Denn das Gericht muß von dem Willen des Schenkgebers, die Schenkung zur gerichtlichen Insinuation zu bringen,

[61] Die obige Ausführung ist der Entscheidung v. 17. Juni 1861 entnommen.

[62] Der Rechtsfall, welcher die älteste Entscheidung des Obertribunals v. 18. Januar 1851 veranlaßte, wird mitgetheilt von Tafel, Civilrechtsspr. Bd. 2, S. 62 ff.

die vollständige Ueberzeugung erhalten; aus der Thatsache der Schenkung für sich allein aber kann noch nicht auf den Willen des Schenkenden, daß solche in seinem Auftrag bei Gericht insinuirt werden solle, mit Sicherheit geschlossen werden. Wird daher, ohne daß der Schenkgeber seine Absicht der Herbeiführung der gerichtlichen Insinuation unzweideutig zu erkennen gegeben, die Anzeige von der Schenkung dem Gerichte nur von dem Schenknehmer gemacht, so kann der Insinuation eine rechtliche Giltigkeit nicht zuerkannt werden. In dem Vortrag des Referenten bei der neuesten Entscheidung des Obertribunals ist dieß folgendermaßen begründet worden:

Der Grundsatz des Obertribunals findet schon in dem Ausdruck der Gesetze seine Begründung. Denn die Schenkung soll nach cst. 32 und 36 Cod. de donat. (8,54) bei Gericht insinuirt werden, d. h. vor Gericht erklärt und von diesem ein Protokoll hierüber aufgenommen werden, was selbstverständlich derjenige thun muß, welcher schenken will.[63] Das Landrecht Thl. II. Tit. 18 §. 3 verordnet, daß Schenkungen von Geld und fahrender Haabe, welche den Werth von 200 fl. übersteigen, „vor Gericht fürgebracht und in das Gerichtsbuch eingeschrieben werden sollen", und diese Verordnung trägt die Ueberschrift: „welche Gaben vor Gericht geschehen sollen." Da nur der Schenker gibt, so kann diese Bestimmung nur auf diesen bezogen werden Jener §. 3 des Landrechts handelt von Schenkungen beweglicher Sachen; der §. 4 sodann handelt von Schenkungen unbeweglicher Sachen, und verlangt hier durchaus gerichtliche Insinuation „wie von Kontrakten und anderen Forderungen im 13. Titel gesagt sey." Dieser von der Insinuation der Verträge

---

[63] Savigny, System Bd. 4, S. 217. Sintenis, Civilrecht Bd. 1, S. 211. Weiske, Rechtslexikon Bd. 9, S. 702. Seuffert, Archiv Bd. 1, Nro. 343. Voët, Comm. Lib. 5, Tit. 39, §. 15. Koch, Recht der Forderungen Bd. 3, S. 148, 149.

über liegende Güter handelnde Titel verordnet aber, daß die Verträge hierüber von beiden Kontrahenten vor Gericht gebracht, und in das Gerichtsbuch eingetragen werden sollen, wie dieß auch wieder in der K. Verordnung vom 19. Juni 1808 §. 2 für sämmtliche Kontrahenten vorgeschrieben wird.

Besonders klar läßt sich die Nothwendigkeit der Insinuation durch den Schenkenden aus der Geschichte des angeführten §. 3 des Landrechts nachweisen. In dem zweiten Landrecht von 1567 war unter der Ueberschrift: „welche Gaben und Schenkungen vor Gericht beschehen sollen" verordnet: „welche Person an Geld oder fahrender Habe über 200 fl. werth frei von der Hand vergabt oder sonst verspricht oder verheißt, das hat nicht Kraft, es geschehe denn vor Gericht, und werde in das Gerichtsbuch eingeschrieben; wenn dann solches beschieht, so soll solche Gab nicht verhindert und abgestellt werden, es weren dann große und nothwendige Ursachen vorhanden, deren Ermessung allwegen bei eines Gerichts Erkenntniß stehen u. s. w."[64] Daß die Verlautbarung der Schenkung vor Gericht durch den Schenkgeber geschehen müsse, ist in dieser Stelle mit klaren Worten ausgesprochen, denn die Vergabung solle ja vor Gericht geschehen. Aus Dr. Haug's Relation über fraglichen Titel[65] ist aber zu entnehmen, daß von dieser Bestimmung, daß die Insinuation durch den Schenkenden nachgesucht werden müsse, nichts geändert werden sollte, indem er nur vorschlug, daß zwei Beisätze gemacht werden sollen, einmal: daß die Summe von 200 fl. nach württembergischen Landesmünzen zu berechnen sey, sodann in Betreff der remuneratorischen Schenkung: „daß allwegen die angedeutte Verdienst bei der Schenkung ausdruckenlichen vermeldt, oder hienach von dem, der geschänkht wird, bewiesen wer-

[64] Reyscher, Gesetzessammlung Bd. 4, S. 312.

[65] Faber und Schloßberger, Landrechtsakten S. 208—210.

den soll, was er dem Schänkher für Dienst und Gutthathaten bewiesen hat.“ Diese Beisätze wurden auch in das dritte Landrecht, in die §§. 3 und 5, aufgenommen, im Uebrigen aber die Ueberschrift in dem zweiten Landrecht auch bei dem §. 3 des 18. Titels des dritten Landrechts beibehalten, und dem Konterte des letzteren nur eine etwas veränderte Fassung gegeben, welche dadurch sich erklärt, daß in das dritte Landrecht die weitere Bestimmung des §. 2 aufgenommen wurde, daß Schenkungen auch an Abwesende durch Briefe und Botschaften gemacht und angenommen werden können, eine Bestimmung, welche im zweiten Landrecht noch nicht stand, und welche, da es in dem Stuttgarter Kommissionsprotokoll ausdrücklich heißt, daß es bei dem alten Texte bleiben solle,[66] wahrscheinlich von dem Kanzler Reinhart und dem Geheimenrath Enzlin, wo nicht schon von dem Sekretär Schmidlin herrührt.[67] Zwar findet sich in Haug's Relation eine Stelle aus Moz angeführt, worin gesagt wird, daß die Insinuation sowohl von dem Schenker als dem Beschenkten, vielmehr aber (magis autem) von beiden nachgesucht werden kann; allein abgesehen davon, daß selbst die Moz'sche Ansicht sehr unbestimmt lautet, so kann man nicht einmal annehmen, daß sie der Referent getheilt habe. Jedenfalls sagt er sehr bestimmt, daß nach dem Landrecht die Insinuation durch den Schenkgeber nachgesucht werden müsse,[68] und stellte keinen entgegengesetzten Antrag, wie dieß auch von der Stuttgarter Kommission nach ihrem oben angeführten Protokoll nicht geschehen ist. Jene Stelle aus Moz wurde vielmehr von dem Referenten nur dafür angeführt, daß das Landrecht von dem gemeinen Recht darin abweiche, daß es eine gerichtliche Kognition bei der Schenkung verlange, aber auch

---

[66] Landrechtsakten S. 291.
[67] Vergl. hierüber Landrechtsakten S. 16, 17, 18, 629, 630, 652.
[68] Landrechtsakten S. 208.

in dieser Beziehung beantragt er keine Aenderung desselben. Ganz entsprechend der Nothwendigkeit der Insinuation durch den Schenkgeber lauten auch die Worte in dem §. 9 des Tit. 18 des Thl. II. des Landrechts: „Jedoch wenn die Eltern einem Kinde vor dem andern über 200 Gulden vergeben wollen, so soll solches mit Ergebung redlicher Ursachen vor Gericht gebracht werden", was doch gewiß nur auf die Eltern, welche schenken, bezogen werden kann.

Aber nicht nur nach dem Ausdrucke des Gesetzes und nach der Geschichte desselben ist anzunehmen, sondern auch aus dem gesetzlichen Zwecke der Insinuation von Schenkungen, als einer Schutzwehr gegen Uebereilungen und Betrügereien folgt nothwendig, daß sie durch den Schenkenden geschehen müssen. Hiemit stimmt auch Griesinger[69] überein, wenn er bemerkt, der Schenknehmer könne die wegen unterlassener Insinuation ungiltige Schenkung damit nicht giltig machen, daß er sie nach dem Tode des Schenkers insinuiren lasse.

22) Schenkung von durch Pfandrecht gesicherten Forderungen. Insinuation.

Die Bestimmung des Landrechts Thl. II. Tit. 18 §. 4, wonach alle Schenkungen „an liegenden Gütern, oder andern dergl., so unterm Namen liegender Güter begriffen" ohne Unterschied gerichtlich insinuirt werden sollen, findet keine Anwendung, wenn die Schenkung ein Forderungsrecht zum Gegenstand hat, mag solches gleich durch Unterpfand gesichert seyn, da ein Forderungsrecht auch im Falle seiner Sicherung durch Unterpfand unter dem Namen liegender Güter nicht begriffen werden kann. [70]

Entsch. v. 8. 9. 10. Juli 1862 in S. v. J.'sche Erben c. A.'sche Abw.-Kuratel.

---

[69] Kommentar Bd. 4, S. 999.

[70] Zu den, den liegenden Gütern gleichgeachteten Rechten werden

23) Schenkung der Eltern an Kinder. Widerruf.

Nach der Bestimmung des Landrechts Thl. II. Tit. 18, §. 7 ist zwar nur bezüglich des Vaters gesagt, daß er Macht habe, die einem Kinde gemachte Schenkung während der Dauer der väterlichen Gewalt zu widerrufen; allein die Vergleichung mit §. 8 desselben Titels ergibt, daß dasselbe auch bezüglich der von der Mutter ihren Kindern gemachten Schenkungen gilt, so lange solche in ihrer Gewalt sich befinden.[71]

Entsch. des Obertribunals v. 8. 9. 10. Juli 1862 in S. v. J.'sche Erben c. A.'sche Abw.Kuratel.

24) Schenkungen unter Ehegatten bedürfen zu ihrer Giltigkeit der gerichtlichen Insinuation nicht.

Schenkungen, welche während der Ehe von einem Ehegatten dem andern gemacht worden sind, bedürfen, wenn sie auch den Betrag von 200 fl. übersteigen, zu ihrer Giltigkeit der gerichtlichen Insinuation nicht, soferne nach der Bestimmung des Landrechts Thl. IV. Tit. 4, §. 5 die Ehefrau, wann der Ehemann vor ihr verstorben, das ihr während der Ehe von letzterem Geschenkte ohne Rücksicht auf den Betrag desselben als ein „beständiges Geschenk", als Voraus, ausgefolgt zu verlangen berechtigt seyn soll, wenn nur der schenkende Ehemann die Schenkung bei seinen Lebzeiten nicht widerrufen hat und dasselbe gilt auch von Schenkungen, welche die Frau dem Manne gemacht.

Entsch. des Obertribunals vom 11. Juni 1862 in S. M. c. W.

Realdienstbarkeiten, Reallasten u. s. f. zu zählen seyn. **Hofacker, Princ. jur. civ. Tom. II. p. 7.** Griesinger, Comm. Bd. 4, S. 622, 1000. Reinhardt, Comm. in Bd. 1. S. 242.

[71] Weishaar, württ. Priv. R. Bd. 3, §. 1098. Reinhardt, Comm. Bd. 1, S. 338. Reyscher, württ. Priv. R. Bd. 2, §. 436, Ziff. 2, Note 10. Anderer Meinung ist Griesinger, Comm. Bd. 4, S. 1006 und Seeger in Sarwey's Monatschrift Bd. 3, S. 407 ff.

25) Die Formalitäten und Beschränkungen des Liegenschaftsveräußerungsgesetzes für Kauf- und Tauschverträge über liegende Güter finden auch Anwendung, wenn diese mit einem ganzen Vermögenskomplex veräußert werden.

Durch das Gesetz vom 23. Juni 1853, betreffend die Beseitigung der bei Liegenschaftsveräußerungen und insbesondere bei der Zerstückelung von Bauerngütern vorkommenden Mißbräuche sind alle Kauf- und Tauschverträge, welche Gebäude oder Grundstücke zum Gegenstande haben, an gewisse Förmlichkeiten und Beschränkungen gebunden worden. Diese Bestimmungen finden auch Anwendung, wenn Gebäude oder Grundstücke mit einem ganzen Vermögen oder einer ganzen Erbschaft an Dritte veräußert werden. Der Umstand, daß Sachgesammtheiten in gewissen rechtlichen Beziehungen nur als Ganzes in Betracht kommen, kann auf die Frage, ob dieselben im einzelnen Falle als bewegliche oder unbewegliche Sachen zu behandeln sind, keinen Einfluß äußern. Diese Frage läßt sich, soweit keine bestimmten gesetzlichen Vorschriften bestehen, immer nur aus den thatsächlichen Verhältnissen beantworten. Insoweit daher eine Sachgesammtheit aus unbeweglichen Sachen besteht, müssen die rechtlichen Grundsätze über diese Art von Sachen zur Anwendung kommen, soweit sie aus beweglichen Sachen besteht, entscheiden, abgesehen von bestimmten Ausnahmsfällen, die dießfälligen Bestimmungen über bewegliche Sachen. Die gleichen Grundsätze greifen Platz, wenn es sich von einem ganzen Vermögen oder einer Erbschaft handelt, welche gleichfalls nur in gewissen Beziehungen als ein ideales Ganze behandelt werden, während in anderen Richtungen nur auf die einzelnen in der Gesammtheit begriffenen Sachen gesehen wird. So kann namentlich, was den Erwerb des Besitzes und des Eigenthums betrifft, der Uebergang des ganzen Vermögens nur durch Uebertragung des

einzelnen im Vermögen Enthaltenen, durch Traditionen oder Cessionen bewirkt werden. Wird sonach ein ganzes Vermögen, oder eine Erbschaft an einen Dritten veräußert, so kann die Beantwortung der Frage, ob die für alle Kaufverträge, welche Gebäude oder Grundstücke zum Gegenstand haben, gegebenen Bestimmungen des Gesetzes vom 23. Juni 1853 zur Anwendung kommen, nur davon abhängen, ob im einzelnen Falle unter dem verkauften Vermögen oder der verkauften Erbschaft Gebäude oder Grundstücke begriffen sind oder nicht.

Entsch. des Obertribunals vom 2. Dezember 1862 in S. G. c. K.

26) Bezeichnung der Person des Käufers von Liegenschaft in der Vertragsurkunde. Irrthum des Verkäufers in dieser Beziehung.

Das Gesetz vom 23. Juni 1853 [72] bestimmt im Art. 1, daß alle Kauf- und Tauschverträge, welche Gebäude oder Grundstücke zum Gegenstand haben, bei Strafe der Nichtigkeit schriftlich abgefaßt und von den Kontrahenten oder ihren Bevollmächtigten unterzeichnet seyn müssen; nach Art. 2 a. gehört es ferner zu den wesentlichen Erfordernissen der Vertragsurkunde, daß sie die Namen der Kontrahenten enthalte, und nach Art. 3 ist die nachträgliche Nennung weiterer Theilhaber oder eines anderen als des in der Vertragsurkunde genannten Kontrahenten nicht zu beachten. Ist in der Vertragsurkunde nur Ein Käufer genannt, so kann daher nur dieser genannte Käufer als solcher in Betracht kommen, und wenn auch in Wirklichkeit an den der Abfassung der Urkunde vorausgegangenen mündlichen Verabredungen eine dritte Person als Mitkäufer sich betheiligt haben sollte, so wäre dieß

---

[72] Reg.-Blatt S. 243 ff. Bezüglich der Auslegung einzelner Bestimmungen dieses Gesetzes vergl. Tafel, Civilrechtssprüche Bd. 3, S. 255 ff. Reuffer, Zeitschr. Bd. 1, S. 46 ff. Dieses Archiv Bd. 3, S. 192 und S. 140 ff.

in Folge der angeführten gesetzlichen Bestimmungen ohne rechtliche Bedeutung. Hieraus folgt, daß, wenn der Verkäufer behauptet, er seye von dem in der Vertragsurkunde genannten Käufer arglistiger Weise in den Irrthum versetzt worden, es handle sich von einem Vertrage, bei welchem noch ein Dritter als Mitkäufer betheiligt seye, hiedurch die Beweiskraft der Urkunde nur dann mit Erfolg angegriffen werden könnte, wenn der Verkäufer solche Umstände anzuführen vermöchte, welche darthun würden, daß in ihm von Seiten des in der Urkunde genannten Käufers die irrige Meinung erregt worden sey, neben letzterem sey ein Dritter in der Vertragsurkunde als Mitkäufer genannt. Denn da ohne diese namentliche Aufführung in der Urkunde ein Kaufvertrag mit einem weiteren Käufer als Mitkäufer nicht zur rechtlichen Existenz gelangen könnte, so wäre die irrige Meinung, daß trotz der Benennung Eines Käufers in der Vertragsurkunde dennoch ein zweiter Mitkäufer sey, ohne rechtliche Bedeutung und deshalb nicht zu beachten.

Entsch. des Obertribunals v. 12. Okt. 1859 in S. B. c. R.

27) Bezeichnung des Gegenstands eines Kaufvertrags über liegende Güter in der Vertragsurkunde.

Nach dem Gesetze vom 23. Juni 1853 wird zur formellen Giltigkeit eines Kaufvertrags über Gebäude oder Grundstücke die bestimmte Bezeichnung der Vertragsgegenstände erfordert. Diese Bestimmung kann nicht so verstanden werden, als ob von jedem einzelnen Gebäude oder Grundstücke ein genaues, die äußerliche Beschaffenheit desselben darstellendes Bild in der Kaufsurkunde gegeben werden müsse, sondern es genügt eine solche Bezeichnung, vermöge deren die betreffenden Objekte in ihrer Individualität erkannt und von anderen Objekten unterschieden werden können. Was zu einer derartigen Beschreibung gehört, kann nicht für alle Fälle zum Voraus bestimmt

werden, vielmehr sind in dieser Hinsicht die thatsächlichen Verhältnisse des einzelnen Falls zu berücksichtigen.[73]

Entsch. des Obertribunals vom 1. März 1862 in S. St. c. B.

28) Fällt die Ersteigerung von Exekutionsgegenständen durch den Schuldner selbst unter den rechtlichen Begriff eines Kaufs?

Wird Behufs der Hilfsvollstreckung zum obrigkeitlichen Verkaufe von Vermögensobjekten des Schuldners

---

[73] Vergl. auch Bd. 3 dieses Archivs S. 140 ff. In Tafel's Civilrechtssprüchen Bd. 5, S. 230 f. wird eine Entsch. des Gerichtshofs zu Eßlingen v. 11. Januar 1861 mitgetheilt, welche mit dem in obiger Entscheidung angenommenen Grundsatze nicht im Einklang steht, und wohl auch nicht für gerechtfertigt erkannt werden kann. Die Urkunde war in A., dem Wohnorte des Verkäufers, ausgestellt, und der Gegenstand des Kaufs dahin bezeichnet: „Das Häusle neben Sch. in der Erbsengasse, wie es Abraham K. (der Verkäufer) von N. bekommen hat." Diese Bezeichnung war so bestimmt, daß jeder Dritte das verkaufte Häusle finden konnte, wenn er in die Erbsengasse in dem Wohnorte des Verkäufers ging, und es ist nicht denkbar, daß über die Identität des „Häusle's" irgend ein Streit sollte haben entstehen können, zumal auch noch der frühere Besitzer desselben angegeben war. Mehr will aber das Gesetz nicht, als daß die Identität des Vertragsgegenstandes durch die Bezeichnung in der Urkunde außer Zweifel gestellt, und dadurch möglichen Streitigkeiten hierüber vorgebeugt werden solle. Ist die Bezeichnung des Verkaufsgegenstands in der Urkunde von der Art, daß nach den Verhältnissen des gegebenen Falls ein vernünftiger Zweifel über die Identität nicht wohl möglich ist, so ist dem Gesetze Genüge geschehen, und der Zweck desselben erreicht, ein Grund zur Beanstandung der Bezeichnung somit nicht vorhanden. Geht man darüber hinaus, so wird dieß leicht dahin führen, statt des beabsichtigten Erfolges der Gesetzesbestimmung das Gegentheil zu bewirken, und anstatt Streitigkeiten abzuschneiden, der Chikane die Thüre zu öffnen. Man muß nur stets im Auge behalten, was das Gesetz durch seine Vorschrift bezwecken will, dann wird man nicht leicht fehl gehen. Zu welchen zweckwidrigen Skrupulositäten es führt, wenn man nur die Worte des Gesetzes und nicht zugleich den Geist und Sinn desselben in's Auge faßt, dafür zeugt auch die in Neuffer's Zeitschrift Bd. 1, S. 46 ff. mitgetheilte Entscheidung eines Gerichtshofs, vergl. dieses Archiv Bd. 3, S. 192.

geschritten, so kann nach Art. 35 des Exekutionsgesetzes vom 15. April 1825 der Schuldner selbst an der Kaufhandlung Theil nehmen, wenn er wegen pünktlicher Bezahlung des Kaufschillings alsbald volle Sicherheit leistet. Ersteigert der Schuldner in Folge dessen seine eigene Sache, so entsteht die Frage, unter welchen rechtlichen Begriff dieses Geschäft fällt. Hierüber sprach sich das Obertribunal in einem Falle, in welchem der Gemeinschuldner die in seiner Gantmasse befindliche Liegenschaft selbst wieder ersteigert hatte, folgendermaßen aus:[74] Da das Eigenthum des Gemeinschuldners nicht durch die Eröffnung des Gants an die Gesammtheit der Gläubiger, sondern nur durch den Verkauf und durch Tradition an den Käufer übergeht, ein Satz, der in den Gesetzen (l. 3 D. de cess. bon. (42, 3) — l. 4 Cod. qui bon. ced. (7, 71) — l. 6 l. 8 Cod. de bon. auct. jud. (7, 72.) — Exekut.-Ges. Art. 74) begründet und von den württ. Gerichten stets befolgt worden ist,[75] so würde, wenn der Kauf des Gemeinschuldners als wirklicher Kauf anzusehen wäre, nicht nur der natürliche Rechtssatz verletzt, daß Niemand seine eigene Sache kaufen kann, sondern es würde auch die weitere Anomalie entstehen, daß in Folge dieses Geschäfts des Gemeinschuldners zur Masse desselben, also zu seinem Vermögen, eine Forderung aus dem Kauf gegen ihn selbst käme, also eine Ausnahme auch von dem Grundsatz der confusio einträte, wonach durch Zusammentreffen der Forderung und Schuld in derselben Person letztere erlischt. Dieß scheint zu der Annahme zu führen,

---

[74] Der Rechtsfall, welchem obige Sätze entnommen sind, findet sich vollständig mitgetheilt in Tafels Civilrechtssprüchen Bd. 5, S. 94 ff.

[75] Entsch. des Obertribunals v. 7./17. April 1834, 13. Juni 1849, 12. Okt. 1849, 1. Febr. 1853 und 26. Juni 1857. Berner, das Organisationsedikt, S. 89. Seuffert, Archiv Bd. 3, Nro. 245, Bd. 6, Nro. 304. Bayer, Konkursprozeß §. 23. Northoff im Archiv für prakt. Rechtsw. Bd. 9, S. 2 ff. Anderer Meinung ist Sarwey in der Monatschrift Bd. 20, S. 87 ff.

daß in der That durch ein solches Geschäft nur die alte Schuld bezahlt oder angeborgt werde, je nachdem der Kaufschilling baar bezahlt oder angeborgt wird. Allein bei dieser Annahme ließe sich nicht erklären, daß der Gemeinschuldner (welcher seine für eine Schuld verpfändete Sache ersteigert) durch baare Zahlung oder Anborgung des Kaufschillings, wenn er auch den Betrag der Pfandschuld nicht erreicht, gegen die weiteren Angriffe des Pfandgläubigers, nnd in diesem Gante auch gegen die Angriffe der übrigen Gläubiger geschützt seyn und die Sache sollte behalten dürfen.[76] Man muß daher annehmen, daß trotz jener Anomalien das Gesetz den Abschluß eines wahren Kaufs durch den Schuldner zulassen wollte, wofür auch der Wortlaut des Art. 35 und ebenso die Bekanntmachung der Ministerien der Justiz und der Finanzen v. 28. Mai 1832 (Reg.-Bl. S. 218, 219) sprechen. (Vergl. Verh. d. K. d. St. v. 1851 bis 1855, 4. Beil. Bd. S. 1074—1075. Verh. d. K. d. A. v. 1854 bis 1855, 1. Beil. Bd. S. 919). Der Schuldner als Käufer ist daher in den gleichen rechtlichen Verhältnissen, wie ein dritter Käufer.[77]

Entsch. des Obertribunals v. 12. Januar 1861 in S. R. und B. c. L.'sche Erben.

---

[76] An der persönlichen Haftung des Schuldners für seine früheren Schulden wird durch seine Ersteigerung eines in der Gantmasse befindlichen Unterpfands natürlich nichts geändert; die Folge ist nur, daß die von dem Schuldner ersteigerte Sache für seine früheren Schulden nicht mehr haftet, und der Gantmasse entzogen wird, wie wenn ein Dritter dieselbe erkauft hätte. Vergl. auch Bolley, Comm. Bd. 2, S. 397 f.

[77] Man kann zugeben, daß die Ersteigerung der eigenen Sache durch den Schuldner in manchen Beziehungen dieselben rechtlichen Wirkungen hat, wie wenn sie ein Dritter erkauft hätte; allein ein Kauf der eigenen Sache ist rechtlich undenkbar, und es kann daher auch die Ersteigerung der eigenen Sache durch den Schuldner nicht unter den rechtlichen Begriff eines Kaufs dieser Sache fallen. Unzweifelhaft ist es ein Vertrag des Schuldners mit der Gesammtheit seiner Gläubiger, wenn jener bei dem öffentlichen Aufstreiche seine eigene

29) Wirkung des Eigenthumsvorbehalts bei dem Verkauf beweglicher Sachen.

Ein Gerichtshof hatte angenommen, daß nach Art.

Sache ersteigert, da er mit sich selbst unmöglich einen Vertrag abschließen kann. Den Gegenstand des Vertrags können daher auch nur solche Rechte bilden, welche den Gläubigern bezüglich jener Sache zustehen, und diese Rechte der Gläubiger beschränken sich darauf, die Sache des Schuldners, seye es auf Grund eines Pfandrechts oder auf Grund der Bestimmungen des Erekutionsgesetzes als Befriedigungsmittel für ihre Forderungen in Anspruch nehmen zu dürfen. Wenn dem Schuldner die dem Erekutionsverkaufe ausgesetzt gewesene eigene Sache gegen Bezahlung einer bestimmten Summe von seinen Gläubigern wieder überlassen wird, so kann dieß daher keinen andern Sinn haben, als daß die Gläubiger hiemit ihrem Rechte, die fragliche Sache Behufs der Befriedigung um ihre Forderungen in Anspruch zu nehmen, entsagen, und sich anstatt jener Sache selbst mit einer gewissen von dem Schuldner dafür zu zahlenden Summe als Erekutionsmittel begnügen, woraus dann von selbst folgt, daß auch das Pfandrecht nur noch bezüglich letzterer Summe und nicht mehr für die ursprüngliche Summe, wofür die Sache zuvor verpfändet gewesen, wirksam seyn kann. Eine neue Schuld ist es somit allerdings, welche der Schuldner seiner Gläubigerschaft gegenüber übernimmt, wenn er dieser für die Freigebung seines Eigenthums eine bestimmte Summe zu bezahlen verspricht, und es bezahlt der Schuldner, wenn er diese Summe bezahlt, nicht seine alten Schulden an seine Gläubiger, sondern er tilgt eine der Gesammtheit der letzteren gegenüber übernommene neue Obligation, aber mit der vertragsmäßigen Zweckbestimmung, daß die gezahlte Summe an der Stelle des freigegebenen Eigenthums des Schuldners ein Erekutionsmittel zu Bezahlung der alten Schulden abgeben solle. Hienach hat der fragliche Vertrag zwar ähnliche Wirkungen, wie der Kauf der Sache durch einen Dritten, allein dadurch wird jener Vertrag nicht selbst zu einem Kaufvertrag über die Sache, was er seinem Inhalte nach niemals seyn kann. Wie mir scheint, muß daher der Vertrag vielmehr den unbenannten Verträgen beigezählt werden. Das Gesetz spricht allerdings von einer Theilnahme des Schuldners an der Kaufhandlung und von Bezahlung des Kaufschillings; allein es ist dieß eben eine juristische Ungenauigkeit, welche an dem Wesen der Sache und der rechtlichen Natur des Verhältnisses nichts ändern, und auf welche um so weniger Gewicht gelegt werden kann, als die fragliche Gesetzgebung durch juristische Schärfe sich überhaupt nicht auszeichnet.

259 des Pfandgesetzes vom 15. April 1825 und Art. 16 des Pfandentwicklungsgesetzes vom 21. Mai 1828 ein Eigenthumsvorbehalt auf beweglichen Sachen, welche dem Käufer übergeben werden, ohne alle rechtliche Wirkung seye und zwar ohne Ausnahme, auch in den im Pfandgesetz Art. 45, Abs. 2 bei Liegenschaften ausgenommenen Fällen, wenn durch den Vorbehalt nach der unzweifelhaften Absicht der Kontrahenten die Uebertragung des Eigenthums aufgeschoben werden soll oder die Auflösung des ganzen Vertrags für den Fall der Nichtbezahlung des Kaufschillings als bedungen erscheint.[78] Diese Ansicht wurde von dem Obertribunal in einer neueren Entscheidung nicht für richtig erkannt und es besagen dießfalls die Motive:[79] der Art. 259 des Pfandgesetzes[80] rührt von den Ständen her. Die Kommission der Kammer der Abg. beantragte ihn, und zwar in einer Fassung, welche die Worte „die Sicherstellung einer Forderung einzig bezweckender" nicht enthielt. Diese beschränkenden Worte wurden erst bei der Berathung, als gegen den Antrag überhaupt Bedenken wegen zu tiefen Eingreifens in den Privatverkehr erhoben worden waren, auf Antrag des Berichtserstatters v. Bolley aufgenommen und der so beschränkte Antrag der Kammer von der Regierung genehmigt.[81] Allerdings sprachen gegenüber von jenem Bedenken zunächst Mehrere sich für den Antrag der Kommission deshalb aus, weil dergleichen mit

---

[78] Hufnagel, Belehrung (4. Auflage) Bd 1, S. 255, 256.

[79] Der Rechtsfall, welcher die im Texte mitgetheilte Entscheidung veranlaßte, wird auch mitgetheilt von Tafel, Civilrechtssprüche Bd. 4, S. 282 ff.

[80] Derselbe lautet: „Ein die Sicherstellung einer Forderung einzig bezweckender Eigenthums- oder Pfandrechtsvorbehalt auf beweglichen Sachen, welche dem Käufer übergeben werden, ist unzuläßig."

[81] Verh. d. K. d. Abg. von 1824, 11. H. S. 912, 913. 3tes außerord. Beil. H. S. 325, 412, 448.

dem System des neuen Pfandgesetzes nicht mehr verträgliche Vorbehalte in dem gemeinen Leben so zur Sitte geworden seyen, daß eine Bestimmung hierüber nothwendig sey, und weil durch diese Bestimmung Mißbräuche abgestellt werden, die namentlich der Viehhandel in seiner Gewalt gehabt habe. Nachher wurde aber der Antrag der Kommission nur mit dem beschränkenden, von dem Berichterstatter beantragten Zusatz angenommen, und dieser Zusatz hat eben die Bedeutung, daß auch hier bei beweglichen Sachen rücksichtlich des Eigenthums- und Pfandrechtsvorbehalts das Gleiche gelten sollte, was der Art. 45 bei unbeweglichen Sachen bestimmt. Der Berichterstatter hat bei seinem Zusatzantrage nach der amtlichen Ausgabe des Protokolls zwar nicht ausdrücklich auf diese Bestimmung des Art. 45 hingewiesen. Allein abgesehen davon, daß bei der Kürze der damaligen Protokolle dieß geschehen und nur nicht in das Protokoll aufgenommen worden seyn kann, so führt schon der Wortlaut auf diese Bedeutung des Zusatzes, welche ihm auch von den Kommentatoren des Pfandgesetzes und am bestimmtesten in dem Kommentar des Berichtserstatters selbst beigelegt wird. [82]

Auch die Begleitungsnote zu dem Entwurfe des Pfandentwicklungsgesetzes geht hievon aus, wenn sie bei Aufzählung der schon durch das Pfandgesetz bewirkten Vereinfachung der Lehre von den Absonderungsrechten auch anführt, daß der Vorbehalt des Eigenthumsrechts einzig zur Sicherstellung einer Vertragsforderung sowohl bei unbeweglichen als bei beweglichen Sachen (Pfandges. Art. 45 und 259) nicht mehr ein Absonderungsrecht begründen könne. Es fragt sich nun allerdings, ob so der materielle Zweck des Kommissionsantrags noch erreicht wird. Wie aus der ausdrücklichen Hinweisung auf den

[82] Seeger, Bd. 2, S. 194. Mayer, Bd. 2, S. 348. Bolley, Bd. 2, S. 589.

Viehhandel in demselben und der obengedachten Art der Vertheidigung desselben hervorgeht, sollte nämlich nicht blos ausgesprochen werden, daß der bloße Vorbehalt des Pfandrechts oder Eigenthums, welch' letzterer Ausdruck nach der gewöhnlichen Absicht der Parteien die gleiche Bedeutung habe, nicht mehr ein Pfandrecht konstituiren könne, sondern auch die Sicherheit des Verkehrs namentlich beim Viehhandel dadurch erreicht werden, daß der Käufer eines Stück Vieh's nicht mehr ein darauf haftendes dingliches Recht eines Dritten zu besorgen haben sollte. Dieser letztere Zweck wird nun mehr, wenigstens nicht mehr vollständig erreicht, wenn ein wahrer Eigenthumsvorbehalt im Sinn des Absatzes 4 des Art. 45 wirksam bleibt. Allein insoweit ist eben von Erreichung des Zwecks, den die Kommission im Auge hatte, durch Annahme des beschränkenden Zusatzes wieder abgestanden worden.[83]

An dieser Gesetzesbestimmung des Art. 259 ist aber auch durch den Art. 16 des Pfandentwicklungsgesetzes nichts geändert worden.[84] Auch diese Gesetzesbestimmung rührt von den Ständen her. In dem Gesetzesentwurf Art. 36 war unter den Absonderungsberechtigten aus dem Grunde des Eigenthums aufgeführt:

„4) der Verkäufer einer ohne Anborgung des Kaufschillings verkauften, beweglichen oder unbeweglichen Sache, wenn der Kaufpreis noch nicht oder nicht vollständig bezahlt ist."

---

[83] Siehe auch Seeger a. a. O. S. 195.

[84] Dieser Artikel lautet: „Wird eine bewegliche Sache verkauft, so geht durch deren Uebergabe an den Käufer das Eigenthum auf diesen über, auch wenn die baare Bezahlung des Kaufschillings bedungen worden, und solche nicht erfolgt ist." „Ein Eigenthums- oder Pfandrechtsvorbehalt auf der verkauften und übergebenen beweglichen Sache ist auch in diesem Fall unzuläßig (vgl. Pf.-Ges. Art. 259.) Der gemeinrechtliche Grundsatz, daß, wenn nicht der Kaufschilling angeborgt worden, das Eigenthum nur durch dessen Bezahlung auf den Käufer übergehe, ist in Beziehung auf bewegliche Dinge hiemit aufgehoben."

Die Kommission fand sich hiedurch zu einem Antrag veranlaßt, den sie in folgender Weise stellte und begründete:

„Es hat die Gesetzgebung durch die Bestimmung im Art. 259: „ein die Sicherstellung einer Forderung einzig bezweckender Eigenthums- oder Pfandrechtsvorbehalt auf beweglichen Sachen, welche dem Käufer übergeben werden, ist unzuläßig“, offenbar im Interesse des Verkehrs disponirt; in diesem Sinne nun sollte sie unseres Erachtens noch weiter gehen, namentlich weiter, als in dem vorliegenden Art. 36. Der Verkäufer eines Stück Vieh's auf Borg z. B. kann sich nun auf demselben kein Eigenthums- oder Unterpfandsrecht mehr vorbehalten; dagegen soll er nach Art. 36 Eigenthümer des Stück Viehes bleiben, wenn er sich nur baare Bezahlung bedungen hat. Die Gefahr ist für den Dritten ganz gleich, er kann im letzteren Fall sowenig als im ersteren das Eigenthum des Verkäufers erkennen, und es würde nicht fehlen, daß die Cautele entstände, immer, wenn auch nur zum Schein, auf baares Geld zu verkaufen. Daher möchten wir den Vorschlag machen: in Ziff. 4 des Art. 36 die bewegliche Sache wegzulassen und ausdrücklich zu disponiren, daß bei der Uebergabe einer verkauften beweglichen Sache die Nichtbezahlung des bedungenen baaren Kaufschillings den Uebergang des Eigenthums auf den Käufer nicht aufhalte.“

Dieser Antrag wurde von der Kammer angenommen und von der Regierung genehmigt.[85]

Es kann dahin gestellt bleiben, ob die Kommission und namentlich ihr Berichterstatter, der Abg. Hufnagel, bei Begründung jenes Antrags nicht von der Ansicht ausging, der Art. 259 des Pfandgesetzes schließe im Interesse des Verkehrs jeden Eigenthumsvorbehalt aus. Dieß wäre eben eine unrichtige juristische Ansicht. Die Frage

[85] Verh. d. K. d. Abg. von 1828, 2. außerord. Beil. H. S. 140, 4. außerord. Beil. H. S. 208, 7. Heft S. 1796, 1797, 1866, 1898.

ist, ob nicht in dem Absatze 2 des Art. 16 des Pfandentwicklungsgesetzes diese Bestimmung und damit eine Abänderung des Art. 259 des Pfandgesetzes getroffen worden ist. Allein diese Bestimmung des Abs. 2 des Art. 16 ist bei den ständischen Verhandlungen gar nicht zur Sprache gebracht, sondern erst bei der Redaktion des Gesetzes von der Regierung beigefügt worden. Es würde also an der nöthigen Verabschiedung mit den Ständen fehlen, wenn die Regierung die Absicht gehabt hätte, damit den Art. 259 des Pfandgesetzes abzuändern. Allein eine solche Absicht kann sowohl aus diesem Grund, als nach der Fassung, wonach die Bestimmung des Art. 259, welcher ausdrücklich angeführt ist, nur auch für den Fall der bedungenen Baarzahlung festgesetzt oder vielmehr wiederholt werden soll, nicht angenommen werden. Es ist vielmehr anzunehmen, daß es blos auf einem Versehen beruht, wenn die Beschränkung auf einen die Sicherstellung einer Forderung einzig bezweckenden Eigenthumsvorbehalt nicht ausgedrückt worden, daß in dieser Beziehung aber keine Aenderung beabsichtigt worden ist. Bolley[86] erwähnt auch bei der Erklärung des Art. 16, Abs. 2 mit keiner Sylbe, daß dadurch der Art. 259 des Pfandgesetzes eine Abänderung erlitten habe. Und auch Wächter[87] führt den Art. 16 bei dem lediglich die Sicherheit des Kaufpreises bezweckenden Eigenthumsvorbehalt an.

Der Eigenthumsvorbehalt bei einer verkauften und übergebenen beweglichen Sache ist also, wie bei unbeweglichen Sachen, nur dann als wahrer und eigentlicher Eigenthumsvorbehalt wirksam, wenn er nicht lediglich die Sicherheit des Kaufpreises bezweckt. Wann aber dieß anzunehmen ist, hiefür ist die Bestimmung des Art. 45, Abs. 2 des Pfandgesetzes maßgebend.[88] Auch diese Be-

---

[86] Comm. Bd. 3, S. 1160 ff.

[87] Handb. des württemb. Priv.-R. Bd. 1, S. 993. Note 84.

[88] Der Art. 45 lautet in seinem ganzen Umfang so: „In dem hievor erwähnten Falle, wie in Fällen des freiwilligen Verkaufs, be-

stimmung rührt von den Ständen her. Der Gesetzesentwurf enthielt nur: „§. 46. Ein Eigenthumsvorbehalt zu mehrerer Sicherstellung der angeborgten Kaufschillingsforderung ist in dem §. 45 erwähnten Falle, sowie in Fällen des freiwilligen Verkaufs nicht zulässig." Die Kommission der Kammer der Abgeordneten fand jedoch keinen Grund für eine solche unbedingte Unzulässigkeit und erklärte: „Nur hat man dabei weniger die Worte, als die Absicht der Kontrahenten zu beachten. In der Regel bezweckt man damit allerdings nichts, als die Sicherstellung des angeborgten Kaufpreises, nnd die Kontrahenten sind weit von der Absicht entfernt, daß durch den Eigenthumsvorbehalt entweder die Uebertragung des Eigenthums auf den Käufer bedingt oder daß, im Fall der Eigenthumsvorbehalt geltend gemacht würde, hiedurch der ganze Kontrakt rückwärts in der Art aufgelöst werden soll, daß der Verkäufer auch den empfangenen Kaufpreis zurückzugeben hätte. Vielmehr wird der Eigenthumsvorbehalt gewöhnlich geltend gemacht, auch wenn am Kaufpreise schon weit mehr bezahlt worden ist, als der jetzige Werth der Sache noch beträgt. Unter dieser Voraussetzung kann der Eigenthumsvorbehalt ebensowohl, wie der Unterpfandsvorbehalt, nur als ein Pfandrechtstitel betrachtet werden..... Anders wäre es freilich, wenn entweder der Kaufschilling gar nicht angeborgt, mithin die Eigenthumsübertragung dadurch, daß der Kaufschilling bezahlt

---

gründet der, einzig die Sicherstellung der Kontraktsforderung bezweckende Rechtsvorbehalt auf der veräußerten Sache, mag er als Eigenthums- oder als Unterpfandsvorbehalt bezeichnet seyn, nur einen Pfandrechtstitel, mithin nur in Folge der Eintragung in das Unterpfandsbuch ein wirkliches Unterpfandsrecht. Dagegen kann durch einen Vorbehalt ein wahres Eigenthumsrecht alsdann erhalten werden, wenn durch denselben nach der unzweifelhaften Absicht der Kontrahenten die Uebertragung des Eigenthums aufgeschoben werden soll, oder wenn die Auflösung des ganzen Vertrags für den Fall der Nichtbezahlung des Kaufschillings als bedungen erscheint."

werde, bedingt, oder wenn nach der unzweifelhaften Absicht der Kontrahenten durch die Nichtbezahlung der Kontrakt rückwärts aufgelöst werden soll." Die Kommission beantragte hierauf die Bestimmungen des jetzigen Art. 45, welche von der Kammer angenommen und von der Regierung genehmigt wurden.[89]

Wie sehr nun die gesetzgebenden Faktoren davon ausgingen, daß bei einem Eigenthumsvorbehalt als Absicht der Parteien in der Regel nur eigentlich ein Pfandrechtsvorbehalt und eine andere Absicht nur bei ganz unzweifelhafter Erklärung einer solchen anzunehmen sey, geht auch aus den Bestimmungen der §§. 187 und 188 der Hauptinstruktion vom 14. Dez. 1825 hervor.[90]

Die Fassung: „ein einzig die Sicherung einer Forderung bezweckender Eigenthumsvorbehalt" ist nun freilich nicht glücklich gewählt. Denn auch bei der unzweifelhaften Absicht der Parteien, den Uebergang des Eigenthums bis zu erfolgter Bezahlung des Kaufschillings zu suspendiren oder, wenn die Zahlung nicht erfolgt, wieder zu resolviren, hat diese Vertragsbestimmung in der Regel ebenfalls einzig den Zweck, die Kaufschillingsforderung zu sichern, nur daß es hier durch das dingliche Recht des Eigenthums und nicht durch das dingliche Recht des Pfands

---

[89] Verh. d. K. d. Abg. v. 1823/24. 3. außerord. Beil. H. S. 46, 231—233, 289, 304, 381, 437. 9. H. S. 755, 756.

[90] Diese übrigens nur von dem Eigenthumsvorbehalt bei dem Verkaufe unbeweglicher Sachen handelnden §§. lauten dahin: §. 187. „Ist bei einem Verkauf ein Eigenthumsvorbehalt ohne nähere Bestimmung ausgedrückt worden, so kann keine andere Absicht als Sicherstellung des Kaufpreises (§. 184) angenommen werden . . ." §. 188. „Ist dagegen die Absicht der Betheiligten bei dem Eigenthumsvorbehalt dahin gerichtet, daß der Käufer vor der Bezahlung des Kaufschillings auf keine Weise als Eigenthümer zu betrachten, mithin zur Ausübung von Eigenthumsrechten gar nicht befugt, oder daß im Falle der Nichtbezahlung des Kaufschillings der ganze Vertrag rückwärts aufgelöst seyn soll, so muß diese Absicht in der Vertragsurkunde bestimmt ausgedrückt werden."

erreicht werden soll.[91] Nach der Entstehungsgeschichte des Art. 45 ist der Sinn desselben vielmehr so auszudrücken:

---

[91] Die Ansicht, daß ein Eigenthumsvorbehalt auch dann rechtlich wirksam seyn könne, wenn die Sicherung des Kaufschillings als einziger Zweck desselben sich darstelle, dürfte Bedenken unterliegen. Das Gesetz erklärt einmal ganz allgemein und ausnahmslos jeden Eigenthumsvorbehalt, welcher die Sicherstellung einer Vertragsforderung zu seinem einzigen Zwecke hat, für ungiltig und unwirksam, und hiemit ist, wie mir scheint, die völlige Unstatthaftigkeit des Vorbehalts als Sicherungsmittel der Kaufschillingsforderung ausgesprochen. Es müßte daher, um dem Gesetze eine andere Deutung geben zu können, aus der Geschichte seiner Entstehung unzweideutig erhellen, daß der Gesetzgeber etwas Anderes sagen wollte, als er wirklich gesagt hat. Dieß scheint mir aber nicht der Fall zu seyn, vielmehr spricht der offenbare Zweck des Gesetzes, die durch Vorbehalte der fraglichen Art gefährdete Sicherheit des Verkehrs wieder herzustellen, für eine dem Wortlaute entsprechende Auslegung des Gesetzes, da diese jenem Zwecke am meisten entspricht. Nach meiner Ansicht ist daher ein Eigenthumsvorbehalt nur dann rechtlich statthaft und wirksam, wenn die Erhaltung oder Wiedererlangung des Eigenthums für gewisse Fälle Selbstzweck des Vorbehalts, und nicht blos das Mittel zum Zwecke der Sicherung der Vertragsforderung, somit für den Fall, daß von dem Vorbehalt Gebrauch gemacht wird, die Auflösung des ganzen Geschäfts, nicht aber die Erlangung der Bezahlung der aus demselben entsprungenen Vertragsforderung beabsichtigt ist. Wo der Vorbehalt dazu dienen soll, den Verkäufer für den Fall der Säumniß des Käufers in Erfüllung seiner Verbindlichkeit die Mittel zu verschaffen, sich für seine Forderung aus dem Vertrage bezahlt zu machen, muß nach meiner Ansicht der Vorbehalt unter allen Umständen für rechtlich unstatthaft und wirkungslos erklärt werden. Es scheint mir dieß auch mit den von der Kommission der K. d. A. für die Bestimmung des Art. 45 geltend gemachten Gründen, wie sie oben angeführt worden, übereinzustimmen, und auch Weishaar, württ. Priv.-R. Bd. 3, §. 1350, Reyscher, württ. Priv.-R. Bd. 2, §. 479 und Wächter, württ. Priv.-R. Bd. 1, S. 993 f., Note 84 stellen ganz allgemein und ohne eine Ausnahme zu machen, den Satz auf, daß der Eigenthumsvorbehalt als Sicherungsmittel der Kaufschillingsforderung bei beweglichen Sachen für wirkungslos erklärt worden seye.

Eine zweckmäßige Bestimmung enthält der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern, welcher den Berathungen eines deutschen Obligationenrechts durch die in Dresden tagende Bundeskommission als Leitfaden dient, indem derselbe in dem, das Recht

bei einem Eigenthumsvorbehalt des Verkäufers bis zu Bezahlung des Kaufpreises ist als Regel anzunehmen, daß die Parteien nur einen Pfandrechtsvorbehalt im Auge hatten, und für die Ausnahme, daß ihre Absicht wirklich auf eine solche Suspendirung oder Resolvirung des Eigenthums selbst ging, wird eine besondere unzweifelhafte Willenserklärung erfordert.[92] Diese Gesetzesbestimmung entspricht jetzt freilich nicht mehr der Wirklichkeit. Denn gerade weil der Pfandrechtsvorbehalt beim Verkauf einer unbeweglichen Sache nur noch einen Pfandrechtstitel, beim Verkauf und der Tradition einer beweglichen Sache aber gar nichts mehr wirkt, ist, nachdem zumal die Herrschaft der Pfandgesetzgebung schon über 30 Jahre dauert, die Annahme nicht mehr begründet, die Parteien haben bei Stipulirung eines Eigenthumsvorbe-

---

der Schuldverhältnisse begreifenden **II.** Theil im Art. 373 bestimmt, daß bei beweglichen Sachen der Eigenthumsvorbehalt gegen Dritte keine Wirkung habe, und bei unbeweglichen Sachen nach Art. 372 nur dann, wenn der Eigenthumsvorbehalt dem dritten Besitzer bekannt oder im Grund- und Hypothekenbuche eingetragen war.

[92] Die Annahme, daß die gesetzgebenden Faktoren davon ausgegangen, daß in der Regel ein Pfandrechtsvorbehalt als beabsichtigt anzunehmen, scheint mir durch das hiefür Angeführte nicht begründet zu seyn; die Hauptinstruktion insbesondere a. a. O. sagt nur, daß bei einem Eigenthumsvorbehalt ohne nähere Bestimmung die Sicherstellung des Kaufpreises als beabsichtigt anzunehmen seye, und höchstens nur von einer hierauf gehenden Rechtsvermuthung könnte daher nach meiner Ansicht die Rede seyn. Man wird aber überhaupt nicht annehmen können, daß das Gesetz eine Rechtsvermuthung, **praesumtio juris**, geschaffen habe, da das Gesetz selbst hievon nichts enthält. Welche Absicht die Parteien bei einem Eigenthumsvorbehalt hatten, wird stets nach den Umständen des einzelnen Falls zu beurtheilen seyn, wobei es aber allerdings nicht sowohl auf die in solchen Fällen häufig nur zum Scheine gebrauchten Worte, nicht darauf, als was die Kontrahenten den Vorbehalt Dritten gegenüber erscheinen lassen wollten, sondern nur darauf ankommen wird, was sich nach Erwägung aller Umstände als die wirkliche Absicht der Parteien darstellt. In der Regel wird dieß freilich zu der Annahme führen, daß die Parteien nur die Sicherung des Kaufschillings beabsichtigt haben.

halts in der Regel nur einen so unwirksamen Pfandrechtsvorbehalt im Sinne.[93] Allein diese Annahme ist einmal der ausgesprochene Wille des Gesetzgebers und muß daher auch vom Richter zu Grund gelegt werden.

Entsch. des Obertribunals vom 5. Febr. 1861 in S. R'sche Erben c. K.

30) Der zahlende Bürge kann die Abtretung der Klagen auch gegen den Käufer der für die verbürgte Schuld bestellten Unterpfänder verlangen.

Sowohl nach gemeinem als nach württembergischem Recht kann der Bürge vor der Zahlung von dem Gläubiger die Abtretung seiner Klagen, insbesondere auch die Abtretung der Pfandklage beanspruchen.[94] Ist aber das für die verbürgte Schuld bestellte Unterpfand zur Zeit der Belangung des Bürgen bereits verkauft, so kann dieser, falls der Kaufschilling noch aussteht, verlangen, daß ihm, bevor er zahlt, die Klagen gegen den Käufer des Unterpfands und dessen etwaige Bürgen abgetreten werden.[95]

---

[93] Daß der Vorbehalt wirksam seyn solle, werden die Parteien stets beabsichtigen; allein darauf kann es nicht ankommen, sondern die Frage ist, ob der Vorbehalt im einzelnen Fall so, wie er gemacht worden, giltig gemacht werden konnte, was voraussetzt, daß er nicht nur seiner äußeren Erscheinung, sondern auch seinem Wesen nach lediglich die Erhaltung oder Wiedererlangung des Eigenthums, nicht aber die Sicherung der Vertragsforderung zu seinem Zwecke hat, und dieß wird in der Regel zu verneinen seyn. Vergl. auch die von Tafel, Civilrechtssprüche Bd. 4, S. 147 ff. mitgetheilte Entsch. des Obertribunals v. 18. Okt. 1859.

[94] cst. 2, 11. 14, 21. Cod. de fidej. et mand. (8, 41.) Landrecht Thl. II., Tit. 5, §. 5.

[95] Hat der Bürge auf die Einrede der Vorausklage nicht verzichtet, so bedarf er übrigens dieser Einrede nicht, er kann verlangen, daß der Hauptschuldner ausgeklagt werde, ehe er belangt wird, und ausgeklagt ist der Hauptschuldner nicht, so lange der Kaufschilling für die von ihm bestellten Unterpfänder nicht beigetrieben oder die Unmöglichkeit der Beitreibung dargethan ist. Wird der Bürge vorher belangt, so kann er sich daher durch die Einrede schützen, daß der Gläubiger vor-

Es ist dieß eine nothwendige Folge aus dem in der aequitas wurzelnden Grundsatze, welcher dem von den Neueren sogenannten beneficium cedendarum actionum, einem Falle der exceptio doli generalis, unter welchem Namen die römischen Juristen diese Rechtswohlthat allein kennen, überhaupt zu Grunde liegt. Es läßt sich dieser Grundsatz mit Savigny[96] so ausdrücken, es ist dolos vom Gläubiger, wenn er sich weigert, den billigen Anspruch des Beklagten gegen einen Dritten durch eine Handlung zu unterstützen, wobei er selbst keinen Nachtheil leidet. Ist es aber von dem Gläubiger dolos, einem Intercedenten, von welchem er seine Befriedigung erhält, sein Pfandrecht nicht abtreten zu wollen, so ist es auch dolos von ihm, wenn er die durch Veräußerung des Pfands erworbenen Forderungsrechte gegen den Käufer und dessen Bürgen ihm nicht abtreten will. Wenn auch in letzterem Fall gegen ihn die exceptio doli gegeben wird, so wird nicht sowohl ein Gesetz wegen Gleichheit des Grunds zur Ent-

erst bei dem Käufer der Pfänder und dessen Bürgen seine Befriedigung zu suchen habe. Anders verhält es sich freilich, wenn der Bürge Selbstschuldner ist, wenn er der Einrede der Vorausklage entsagt hat. In diesem Falle kann der Bürge, so lange die Schuld besteht, in erster Linie belangt werden, und hat nur die Einrede der Klagenabtretung, nicht aber die Einrede, daß der Gläubiger sich zuerst an den Käufer der Unterpfänder zu halten habe. In diesem Falle wird daher der in obiger Entscheidung aufgestellte Satz praktisch. Ein dritter Fall wäre, wenn der Gläubiger dem Käufer der Pfänder die Bezahlung des Kaufpreises erlassen hat; in diesem Falle wird der Hauptschuldner bis zum Betrage des Kaufpreises liberirt, l. 26, **D. de solut.** (46,3); es besteht daher insoweit keine Hauptschuld mehr, und fällt damit vermöge ihrer accessorischen Natur auch die Bürgschaft. Dasselbe gilt überhaupt, wenn der Gläubiger durch seine Schuld seine Befriedigung aus dem verkauften Pfande nicht erlangt hat. l. 9 pr. **D. de distract. pign.** (20,5). In diesen beiden letzteren Fällen bedarf daher der Bürge zu seinem Schutze der Berufung auf die Rechtswohlthat der Klagenabtretung, bezw. der Vereitlung derselben durch den Gläubiger nicht.

[96] Obligationenrecht Bd. 1, S. 242, Note 9.

scheidung einer außerhalb seiner Sphäre liegenden Frage benützt, als vielmehr die gesetzliche Bestimmung über eine besondere Art des dolus, welche eine exceptio begründet, auf einen gleichfalls unter diese Begriffsbestimmung zu subsumirenden Fall angewendet. Wenn es aber auch wahre Gesetzesanalogie, wenn es nicht die Anwendung der Gesetzesbestimmung selbst, sondern die Anwendung ihres Grundes, eine Fortbildung des Rechts wegen Gleichheit des Grundes wäre, so wäre diese hier durch das Bedürfniß der organischen Einheit, der innern Konsequenz des Rechts gerechtfertigt. Es liegt keiner der Gründe vor, welche die Analogie ausschließen, insbesondere nicht die Natur eines jus singulare. Denn jene exceptio doli hat ihren Entstehungsgrund nicht in einer von dem reinen Rechtsgebiete verschiedenen utilitas oder necessitas, sie ist nicht contra rationem juris eingeführt, sondern aus einer Rücksicht, welche dem reinen Rechtsgebiet angehört, nämlich wegen der aequitas.[97]

Entsch. des Obertribunals vom 12. Januar 1861 in S. R. u. B. c. L.'sche Erben.

31) Der von einem unzuständigen Richter angelegte Arrest auf eine Forderung begründet keine Einrede des arrestirten Schuldners gegen den auf Zahlung klagenden Gläubiger.

Die Beschlagnahme einer Forderung berechtigt den Schuldner nur dann, die Zahlung an den Gläubiger zu verweigern, wenn er durch eine in Folge Anweisung des Arrestrichters geschehene Zahlung an das Arrestgericht oder den Arrestnachsuchenden seiner Verbindlichkeit gegen den Gläubiger entledigt würde. Denn wo er sogar aus der Zahlungsanweisung des Arrestrichters keine Einrede gegen den Gläubiger abzuleiten vermöchte, da kann er auch die bloße Zahlungssperre nicht als ein Zahlungshinderniß geltend machen. Die in Folge einer Zahlungs=

---

[97] Savigny, System Bd. 1, S. 56, 61—64, 290—296.

anweisung des Arrestrichters an einen Dritten geleistete Zahlung kommt dem Schuldner gegenüber von dem Gläubiger als Befreiungsgrund (solutio) aber nur dann zu Statten, wenn jene Anweisung für den Gläubiger verbindlich ist. Denn wo dieß nicht zutrifft, fällt der Befehl des Arrestrichters, durch welchen der Schuldner genöthigt wird, an einen Andern, als seinen Gläubiger, zu bezahlen, unter den Gesichtspunkt des Zufalls, der als solcher hier den Schuldner trifft. Verbindend für den Gläubiger, dessen Forderung mit Arrest belegt worden, ist die Verfügung des Arrestrichters aber nur dann, wenn dieser ihm gegenüber zu der Arrestanlage zuständig war. Ist die Arrestverfügung von einem dem Arrestbeklagten gegenüber hiefür nicht zuständigen Richter erfolgt, so berührt ihn die Verfügung nicht, und es kann daher auch jene Verfügung den arrestirten Schuldner gegen die Verurtheilung zur Bezahlung an den Gläubiger nicht schützen.

Entsch. des Obertribunals vom 6. Nov. 1861 in S. der württ. Gesellschaft für Zuckerfabrikation c. die A. M. Feuerversicherungsgesellschaft.

32) Prozeßzinsen.

Das Obertribunal hat schon am 5. September 1823 den Satz aufgestellt, daß die Einlassung auf die Klage an sich noch nicht den Verzug des Schuldners begründe, und daher auch keinen entscheidenden Grund zur Verurtheilung des Schuldners einer Geldsumme in die Entrichtung von Verzugszinsen abgebe, [98] und hat demgemäß die Forderung von Verzugszinsen auch für die Zeit nach der Einlassung auf die Klage stets abgewiesen, wenn der Schuldner nach den Umständen des einzelnen Falls Grund hatte, auf richterliche Entscheidung es ankommen zu lassen. [99] Allein wenn auch im einzelnen Falle ein Verzug nicht vorhanden, und daher die Bedingung für die Zu-

---

[98] Hufnagel, Mitth. Bd. 1, S. 47.

[99] Wächter, württ. Priv.-R. Bd. 2, S. 537, Note 75.

erkennung von Verzugszinsen nicht gegeben ist, so besteht für die Zeit nach der Prozeßeinleitung die Verbindlichkeit des Schuldners einer Geldsumme zur Bezahlung von Prozeßzinsen, welche durch Verzug desselben nicht bedingt ist und daher besteht, wenn der Schuldner auch plausible Gründe zum Streiten hatte. Es beruht diese Zinsverbindlichkeit, wie insbesondere von Savigny [100] ausgeführt worden, darauf, daß nach römischem Rechte der im Prozesse unterliegende Schuldner den Kläger zur Leistung der „omnis causa“ d. i. von allem, was der Kläger gehabt hätte, wenn die Zahlung zur Zeit der Litiskontestation erfolgt wäre, verbunden ist, [101] daß er somit insbesondere für alle, sowohl die bezogenen, als die versäumten Früchte des Streitgegenstands Ersatz zu leisten hat, welche dem Kläger durch die Dauer des Rechtsstreits entzogen worden sind. Als solche zu vergütende Früchte sind aber, wenn eine Geldsumme den Streitgegenstand bildet, die Zinse aus derselben zu betrachten, da diese als eine Art von Früchten in den Gesetzen ausdrücklich anerkannt werden, [102] und vorausgesetzt werden muß, daß, da Geld nicht müßig aufbewahrt, sondern regelmäßig in irgend einer Form zu einem Ertrag benützt zu werden pflegt und jeder Zeit benützt werden kann, der Kläger die ihm nach dem Urtheil gebührende Streitsumme, wenn er sie beim Beginne des Rechtsstreites empfangen

---

[100] System Bd. 6, §§. 270, 271.

[101] l. 20. D. de rei vind. (6, 1.); l. 31 pr. D. de reb. cred. (12,1.); l. 3, §. 1. l. 38. §. 7. D. de usuris (22,1.); cst. 1, 2. Cod. de usuris (6,47.). Vergl. übrigens auch Wächter, württ. Priv.-R. Bd. 2, S. 243, Note 1, S. 526, Note 25.

[102] l. 34. D. de usuris (22,1.). „Usurae vicem fructuum obtinent et merito non debent a fructibus separari.“ Savigny, a. a. O. S. 140, 141. Anders legt die Stelle aus Wächter, württ. Priv.-R. Bd. 2, S. 526, Note 25, welcher eine nur auf die Erbschaftsklage bezügliche Ausnahmebestimmung darin findet. Ebenso Glück, Comm. Bd. 8, S. 296, 297. Bolley, Betracht. über versch. Rechtsmaterien. Nro. 1, S. 14 ff.

hätte, alsbald in irgend einer Weise zinsentragend angelegt hätte, der Beklagte aber solche in seinen Nutzen verwendet, und sich dadurch einen Ertrag verschafft hat oder verschaffen konnte, welcher nach dem Urtheil ihm nicht gebührt.[103] Demgemäß findet sich auch in offenbarer Anwendung des Prinzips der Prozeßzinsen im Besonderen bei der Erbschaftsklage der Ausspruch in den Gesetzen, daß der Besitzer von der Litiskontestation an Zinsen desjenigen Geldes zu bezahlen habe, welches er vor der Litiskontestation aus verkauften Erbschaftssachen gelöst hat, cst. 1, §. 1, Cod. de her. pet. (3, 31), l. 20, §. 11, 14, 15, D. de her. pet. (5, 3) und auf das gleiche Prinzip läßt sich die Bestimmung zurückführen, wonach bei der Klage auf Legate oder Fideikommisse, die in baarem Gelde bestehen, Zinsen ebenso wie andere Früchte von der Zeit der Litiskontestation an zu entrichten sind. cst. 1, 2, Cod. de usur. et. fruct. (6, 47.)[104]

In Anwendung dessen hat das hiesige Obertribunal am 26. Januar 1858 in S. der Amtskorporation E. w. die F. St. H. Oe. W. ausgesprochen, daß, wenn auch in diesem Falle die Mittheilung der Klage die Beklagten nicht in Verzug gesetzt habe, da ihr zureichende Gründe zur Zahlungsweigerung und Streiteinlassung um so gewisser zur Seite gestanden, als in der Klage eine unzulässige Berechnung der fraglichen Entschädigungsforderung gemacht gewesen, die Verbindlichkeit der Beklagten zur Bezahlung von Prozeßzinsen während der Dauer des Rechtsstreits begründet seye, da nach den Gesetzen die Streiteinlassung, litis contestatio, (an deren Stelle nach heutigem gemeinem Recht die Mittheilung der Klage an den Beklagten getreten ist)[105] an und für

---

[103] Savigny, a. a. O. S. 133 und 148.

[104] Savigny, a. a. O. S. 149—156.

[105] Savigny, a. a. O. §§. 278, 279. Ob auch nach württ. Recht die Klagbehändigung als der entscheidende Prozeßabschnitt für die Verbindlichkeit zur Leistung von Prozeßzinsen betrachtet werden

sich schon, und abgesehen von der Frage über Bewirkung eines Verzugs, den Beklagten verpflichte, dem Kläger omnem causam d. i. alles dasjenige zu leisten, was derselbe gehabt hätte, wäre er in der Hauptsache von dem Beklagten gleich bei Einleitung des Rechtsstreits befriedigt worden; also zur Leistung des Streitgegenstands nebst Früchten und Zinsen.

Uebereinstimmend hiemit ist die Rechtsprechung der Oberappellationsgerichte zu Lübeck,[106] zu Kiel[107] und zu München,[108] sowie des Revisions- und Kassationshofs zu Berlin,[109] und der dortigen Juristenfakultät.[110] Anderer Ansicht ist das Oberappellationsgericht zu Kassel, soferne dasselbe eine, von der Voraussetzung eines durch die Klagbehändigung bewirkten Verzugs unabhänige Verbindlichkeit des Schuldners zur Bezahlung von Prozeßzinsen wenigstens nicht unbedingt anerkennt.[111]

---

kann, wird sich mit Grund bezweifeln lassen, da nach Theil II., Tit. 1, §. 12 des Landrechts der Verzug des Schuldners erst von geschehener Kriegsbefestigung an gerechnet werden soll, — vergl. Wächter, Erört. 3. Heft, S. 119, 120, Ziff. 6. Derselbe, Württ. Priv.-R. Bd. 2, S. 538, Note 76, — und daher nahe liegt, denselben Prozeßabschnitt auch als für die Prozeßzinsen entscheidend zu betrachten. Bei der oben mitgetheilten Entscheidung v. 26. Januar 1858 wurde abweichend von dieser Ansicht die Klagebehändigung als entscheidender Prozeßabschnitt angenommen; in der Entsch. v. 6. Nov. 1861 in S. der württ. Zuckerfabrikationsgesellsch. und der M. A. Feuerversf.-Gesellsch. aber sind Prozeßzinse, unter Berufung auf das Landrecht Thl. II., Tit. 1, §. 12. erst von der Einlassung auf die Klage an zuerkannt worden.

[106] Seuffert, Archiv Bd. 2, Nro. 148. Bd. 3, Nro. 17. Bd. 5, Nro. 261.

[107] Seuffert, Archiv Bd. 7, Nro. 291.

[108] Seuffert, Bl. f. Rechtsanw. Bd. 21, S. 81.

[109] Savigny, a. a. O. S. 163.

[110] Savigny, a. a. O. S. 163.

[111] Archiv für. prakt. Rechtsw. Bd. 8, S. 174, Nro. 6. Seuffert, Bl. f. Rechtsanw. Bd. 21, S. 80, Nr. 6. Heuser, Annalen Bd. 3, S. 52, 55 ff.

In der am 10. Sept. 1861 zur Entscheidung gekommenen Rechtssache H. c. H. ist auch von dem hiesigen Obertribunal der am 26. Januar 1858 zur Anwendung gebrachte Satz wieder angezweifelt und daher, mit Umgehung der Prozeßzinsenfrage, die Verurtheilung zur Bezahlung von Zinsen von der Litiskontestation an darauf gebaut worden, daß der Beklagte keinen plausibeln Grund zum Streiten gehabt habe.[112] Allein schon bei der am 6. Nov. 1861 erfolgten Entscheidung in S. der württembergischen Zuckerfabrikationgesellschaft c. die M. A. Feuerversicherungsgesellschaft wurde die Richtigkeit des am 26. Januar 1858 aufgestellten Satzes wiederholt anerkannt, und, unter Berufung auf cst. 1, 2. Cod. de usuris et fruct. (6, 37) und auf Savigny, auf Bezahlung von Prozeßzinsen von der Einlassung auf die Klage an erkannt, und dieselbe Entscheidung erfolgte am 12. Dez. 1861 in S. E. c. V. und K.

33) Vom bedungenen Losungsrecht.

a) Kann solches als dingliche Berechtigung konstituirt werden?

Die Königl. Generalverordnung vom 2. März 1815 erklärt „die anbedungenen Losungen, die noch ferner nach dem Willen der Paciscenten bedungen werden können", für giltig, und bestimmt in Ziff. III., Abs. 3: „daß es in Rücksicht der Befugniß der Paciscenten der Losung halber und wegen Ausübung derselben besondere Anord-

[112] Die Entscheidung der immerhin zweifelhaften Frage, bei welchen sich zwei bedeutende Autoritäten, Wächter und Savigny entgegenstehen, wird darauf beruhen, ob unter der omnis causa, für welche der Schuldner von der Litiscontestation an ersatzpflichtig ist, auch die Zinse zu verstehen sind. Daß die Früchte dahin gehören, ist außer Zweifel, und ebenso, daß die Zinse zu den Früchten gehören. Ein innerer Grund, die Zinse dießfalls den sonstigen Früchten nicht gleich zu stellen, scheint aber nicht vorzuliegen, und es dürfte, wenn auch die entgegenstehenden Bedenken sich nicht verkennen lassen, die Savigny'sche Ansicht vorzuziehen seyn.

nungen zu machen, bei dem, im Landrecht Thl. II. Tit. 16, §. Weil die ꝛc. Ausgesprochenen sein Bewenden habe." Die angeführte Stelle des Landrechts aber spricht aus: „weil die anbedingte Losungen auf der Kontrahenten besondere Bedingungen, wie sie sich deren mit einander vergleichen, hauptsächlicher beruhen, so mag derenthalben keine gewisse Ordnung gesetzt werden;" und es werden hiebei die Kontrahenten nur erinnert, „sich zu befleißen, wenn der Losung halber Etwas anbedingt und abgeredt würde, daß solches mit klaren verständlichen Worten und den Rechten nicht zuwider geschehe." Demgemäß sind die Paciscenten in der freien Befugniß, beliebige Bestimmungen anzuordnen, im Allgemeinen überall nicht beschränkt, so lange diese Bestimmungen nicht etwas Rechtswidriges enthalten.[113] Es muß daher auch für rechtlich zulässig erkannt werden, wenn das Losungsrecht als eine dingliche Berechtigung, für die Besitzer eines gewissen Grundstücks oder Gebäudes festgesetzt wird, da von einer Widerrechtlichkeit der angeführten Bestimmung, welche einer bestimmten gesetzlichen Vorschrift nicht widerstreitet, nicht die Rede seyn kann, — wie denn auch z. B. in dem österreichischen Gesetzbuche Thl. II., Tit. 24, §. 1073, und in dem preußischen Landrecht Thl. I., Tit. 10, §. 568—570 die Konstituirung eines dinglichen Vorkaufsrechts für zulässig erklärt ist. Hiegegen kann auch die Bestimmung der Verordnung vom 2. März 1815 kein Bedenken erregen. Denn wenn hier ausgesprochen ist: „es gehe die bedingte Losung nicht auf die Erben derer über, die sie bedungen haben, sie erlösche mit ihrer Person", so ist in dieser Verordnung weder ausgedrückt, noch nach der ganzen Fassung und Stellung der unter Ziff. IV. aufgestellten Grundsätze zureichender Grund zu der Annahme ge-

---

[113] Griesinger, Comm. Bd. 3, S. 868— 869. Weishaar, württ. Privatrecht Bd. 3, §. 1093. a. E. Wächter, württ. Privatrecht Bd. 1, S. 538, 859.

geben, daß unter Ziff. IV. h die erwähnte unter Ziff. III. Abs. 3 enthaltene allgemeine Bestimmung wieder aufgehoben, und daß die unter Ziff. IV. aufgestelltеu Grundsätze den Privatwillen der Kontrahenten beschränkende seyn sollen. Vielmehr können die unter Ziff. IV. festgesetzten Grundsätze nur dann zur Anwendung kommen, falls die Kontrahenten in den betreffenden Beziehungen keine oder keine anderweitige bestimmte Verabredung getroffen haben — wie auch in gleicher Weise, während unter Ziff. III., Abs. 1 zur formellen Giltigkeit eines anbedungenen Losungsrechts allein nur dessen Eintrag in das Unterpfandsbuch in präzeptiver Weise für erforderlich erklärt ist, unter Ziff. III., Abs. 3 alle sonstigen Formalitäten, und insbesondere auch die in den nachfolgenden Sätzen unter a—d aufgeführten und festgestellten nur dann zur Anwendung kommen sollen, soweit sie nicht durch die Beredung ausgeschlossen sind."

b) Eintrag des Losungsrechts im Unterpfandsbuch, Güterbuch oder dessen Surrogat als Bedingung seiner rechtsgiltigen Bestellung.

In Ziff. III., Abs. 1 der Königl. Generalverordnung vom 2. März 1815 ist vorgeschrieben, daß derjenige, welcher ein unbedingtes Losungsrecht habe, zur Erhaltung desselben, und zwar bei Verlust des Losungsrechts, dasselbe in das öffentliche Unterpfandsbuch eintragen zu lassen habe. Diese Vorschrift hat durch die seit dem Jahr 1825 in's Leben getretene Pfandgesetzgebung dahin eine Abänderung erlitten, daß fortan zur Erhaltung eines vertragsmäßigen Losungsrechts nicht mehr der Eintrag in das Unterpfandsbuch, sondern der Eintrag in das Güterbuch erfordert wird. Abgesehen nämlich davon, daß der Eintrag eines Losungsrechts dessen Natur nach nicht sowohl für das Unterpfandsbuch als vielmehr für das Güterbuch sich eignet, so ist auch in dem Pfandgesetze vom 15. April 1825 in Art. 75 der Eintrag eines dinglichen oder

auf Erwerbung oder Wiedererlangung eines Guts abzweckenden persönlichen Rechts in dem Unterpfandsbuch oder in dem Güterbuch gestattet, und in Art. 160 sind unter denjenigen Einträgen, welche für das Unterpfandsbuch geeignet erklärt sind, die Losungsrechte nicht aufgeführt. Es erscheint daher nur als eine hiemit übereinstimmende und zu Vollziehung des Pfandgesetzes dienende Bestimmung in §. 95 der Hauptinstruktion vom 14. Dez. 1825, daß die Losungsrechte in das Güterbuch eingetragen werden sollen. Wenn zur Zeit der Konstituirung eines Losungsrechts ein ordnungsmäßig angelegtes zu der Aufnahme des Eintrags des Losungsrechts geeignetes Güterbuch in dem betreffenden Orte nicht bestand, so genügt es an dem Eintrag in denjenigen öffentlichen Büchern, welche zur fraglichen Zeit als Surrogat des Güterbuchs gedient haben. (Zu vergl. Pfandges. Art. 58, 59, 67, 68. Hauptinstr. §. 22, 23, 24, 43, 59. Verordnung vom 3. Dez. 1832. Verfügung vom 6. Dez. 1836, Ziff. 4 und 6.)

c) Ausübung eines Losungsrechts zum Zwecke der Veräußerung an einen Dritten.

Das Landrecht Thl. II., Tit. 16, §. ult. bestimmt: „Wenn Jemand ein Gut an sich zu lösen befugt und gemeint ist, der soll solches ihme selbsten und nicht einem Andern zu gutem ... lösen", und das Generalrescript vom 29. Mai 1739 hat hieran nur so viel geändert, daß den Eltern gestattet seyn solle, ihren Kindern zu Gutem zu lösen. Hiedurch ist der Losungsberechtigte jedoch nicht gehindert, die Losung zu dem Zwecke auszuüben, um sich die Möglichkeit zu verschaffen, das so wieder erworbene Gut sofort an einen Dritten um einen höheren Preis zu veräußern, da auch in diesem Falle die Ausübung der Losung nur zunächst im Interesse des Losungsberechtigten, nicht einem Andern zu gutem und nicht zu Begünstigung eines Andern geschieht.

Entsch. des Obertribunals vom 28. Mai 1861 in S. B. c. H.[114]

34) Wirkung der unbeanstandeten Annahme der durch einen Frachtführer versendeten Waaren durch den Adressaten.

In der Thatsache, daß die durch einen Frachtführer versendete Waare von dem Adressaten ohne Beanstandung angenommen worden, liegt ein Anerkenntniß der richtigen mit dem Frachtbriefe übereinstimmenden Lieferung.[115] Dieß gilt auch bezüglich des Gewichts, insbesondere wenn Waaren mit der Eisenbahn versendet worden, und der Empfänger der Waare deren Empfang durch Unterzeichnung des mit der Angabe des frachtbriefmäßigen Gewichts versehenen Coupons ohne Verwahrung bescheinigt hat.

Entsch. des Obertribunals vom 4. Mai 1861 in S. der Maschinenfabrik E. c. F.

35) Nichtannahme wegen mangelhafter Beschaffenheit des Kaufsgegenstands. Frist zur Erklärung hierüber.

In Folge der großartigen Ausdehnung des Handelsverkehrs in den neueren Zeiten mußte die Verpflichtung des Käufers, sich rechtzeitig und genau nach der Beschaffenheit des Kaufsgegenstandes umzusehen, und sich ohne Verzug auszusprechen als ein unabweisliches Gebot sich darstellen. Die Gesetze über Treue und Glauben, auf welchen der ganze Handel beruht, die in demselben gegenseitig zu prästirende Diligenz gestatten es nicht, daß der Käufer seinen Verkäufer längere Zeit darüber in Ungewißheit lasse, ob der Kaufsgegenstand als dem Vertrage

---

[114] Diese Entscheidung wird auch mitgetheilt von Tafel, Civilrechtsspr. Bd. 5, S. 38 ff.

[115] Münter, Frachtfahrerrecht Bd. 1, S. 103. und die Bd. 4 dieses Archivs S. 128, Note 120 citirten Schriftsteller. Vergl. den Entw. eines allg. d. Handelsgesetzbuchs Art. 408.

entsprechend erkannt, oder ob derselbe vielmehr wegen vertragswidriger Beschaffenheit zurückgeschlagen oder der Kaufpreis gekürzt werden wolle. Durch ein Monate oder Jahre langes Hinhalten des Verkäufers würde alle Sicherheit im Handel gelähmt, und es könnte dem Verkäufer, zumal bei Waaren oder Papieren, die häufigen Preisschwankungen unterworfen sind, oft großer Schaden erwachsen, sofern er bei schleuniger Benachrichtigung von den Absichten des Käufers häufig noch auf anderem vortheilhaftem Wege über den Kaufsgegenstand wird disponiren können, während ihm diese Möglichkeit durch verspätete Reklamationen entzogen wird. Es ist daher ein im Handelsrecht feststehendes Prinzip, daß der Käufer sobald es möglich oder wenigstens binnen einer kurzen Frist über die Annahme des Kaufsobjekts sich auszusprechen hat, widrigenfalls seine späteren Reklamationen ausgeschlossen bleiben.[116]

Entsch. des Obertribunals vom 4. April 1862 in S. B. und Comp. c. Hofbank.

36) Verpflichtung des Empfängers einer Waare zur sofortigen Benachrichtigung des Spediteurs im Falle mangelhafter Lieferung.

Die Verpflichtung des Empfängers einer Waare, den Spediteur, an welchen er sich wegen mangelhafter oder nicht gehöriger Lieferung halten will, sofort nach Empfang der Sendung und Entdeckung des Mangels zu benachrichtigen, fließt aus der bona fides, zu welcher die Interessenten einander verbunden sind, und es hat als Folge eines allgemeinen Grundsatzes des Handelsverkehrs,

---

[116] Brinkmann, Lehrb. des Handelsrechts §. 74, S. 300, 301, 306. Archiv f. deutsches Handels- und Wechsel-R. Bd. 8, S. 101. Seuffert, Archiv Bd. 4, Nro. 78, 23. Bd. 6, Nro. 27. Bd. 14, Nro. 126. Rechtl. Entsch. und Gutachten der württ. Handelsschiedsger. S. 103, 106. Goldschmidt, Zeitschr. f. das ges. Handelsr. Bd. 2, S. 159, 160. Entw. eines a. d. Handelsgesetzbuchs Art. 346—350.

welcher speziell in Absicht auf das Rechtsverhältniß des Käufers zum Verkäufer durch universellen Handelsgebrauch anerkannt ist,[117] auch in dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für Württemberg (Art. 174 vergl. mit Art. 161) und in dem Entwurf eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs nach den Beschlüssen der Nürnberger Konferenz (dritte Lesung, Art. 386, 408, 349, 387 und Konferenzprotokoll vom 19. Juni 1857) Anerkennung gefunden. Wenn nun auch eine bestimmt begrenzte Frist zur Reklamation gegen den Spediteur als gewohnheitsrechtlich bestehend sich nicht nachweisen läßt,[118] so muß doch bei solchen Mängeln, welche alsbald bei der Empfangnahme entdeckt werden können, diejenige Frist, welche in Württemberg gewohnheitsrechtlich dem Käufer zur Untersuchung der Waare bezüglich der in die Sinne fallenden Mängel gegeben ist,[119] für ausreichend auch zur Reklamation gegenüber dem Spediteur erachtet werden.

Entsch. des Obertribunals vom 4. Mai 1861 in S. der Maschinenfabrik E. c. F.

37) Klagerecht bei Präjudizialklagen.

Für die Austheilung der Parteirollen bei Präjudizialklagen gelten nicht die vom Klagerecht sonst geltenden Grundsätze, sondern es können bei denselben beide Theile Kläger seyn, und es kann der Antrag auf Entscheidung der Präjudizialfrage von jedem der streitenden Theile gestellt werden, und als Kläger wird derjenige betrachtet, welcher jene Entscheidung zuerst bei dem Richter beantragt, wie dieß in l. 12, D. de except. (44, 1) ausdrücklich ausgesprochen ist.

Entsch. des Obertribunals vom 14. Febr. 1862 in S. des Spitals H. c. Pfarrei B.

---

[117] Vergl. die vorige Nummer.

[118] Vergl. Art. 349 des Entw. des allg. deutschen Handelsgesetzbuchs (3 Lesung).

[119] Seuffert, Archiv Bd. 4, Nro. 78.

38) Die Paulianische Klage außer dem Konkurs.

Es ist eine in der Praxis der deutschen Gerichtshöfe bestrittene Frage, ob die actio Pauliana in allen Fällen die stattgefundene Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Schuldners, dessen Rechtshandlungen angefochten werden sollen, als nothwendiges Erforderniß voraussetze, oder ob sie auch außer dem Falle des Konkurses statthaft sey. Was nun zunächst die Gesetze betrifft, so sprechen diese nirgends aus, daß die Konkurseinleitung oder Dispositionsentsetzung des Schuldners zu den formellen Bedingungen der Paulianischen Klage gehöre. Dagegen enthalten mehrere römische Gesetzesstellen eine Zusammenstellung dieses Rechtsmittels mit der missio in possessionem und venditio bonorum, welche beiden Institute im älteren römischen Rechte überhaupt die regelmäßige Form der Realexekution bildeten, im justinianeischen Rechte aber als die ordentliche Exekutionsform bei contumacia oder Insolvenz eines Schuldners in Anwendung blieben.[120] §. 6. J. de act. (4,6) — l. 6, §. 14, l. 9, D. quae in fraud. (42,8) cst. 5, Cod. de revoc. (7,75). Einen Grund für diese Beziehung der Klage zu einer vorgängig vollzogenen Realexekution gegen den Schuldner enthält die Gesetzesstelle l. 10, §. 1, D. quae in fraud. (42,8): „Ita demum revocatur, quod fraudandorum creditorum causa factum est, si eventum fraus habuit scilicet si hi creditores bona ipsius vendiderunt." Die Rechtslehrer fassen diese Gesetzesstellen in dem Sinne auf, daß sie aussprechen, es gehöre zu den materiellen Erfordernissen des Paulianischen Rechtsmittels, daß ein eventus fraudis, d. h. die Thatsache, daß der klagende Gläubiger beim Schuldner selbst nicht oder nicht ganz zur Befriedigung komme, als gewiß feststehe. Demnach müsse das Exekutions- oder Gantverfahren (römische missio in bona und venditio bonorum) gegen den Schuldner zuvor zu Ende

[120] Zimmern, Rechtsgeschichte §. 79.

geführt, und für den Gläubiger resultatlos gewesen seyn. Mehrere Rechtslehrer begnügen sich zu betonen, daß der Gläubiger und Kläger den eventus fraudis nachzuweisen habe, ohne des Mittels des gegen den Schuldner durchgesetzten Exekutions- oder Gantverfahrens namentlich zu erwähnen.[121] Andere benennen den Konkurs als das Mittel, diesen eventus fraudis zu konstatiren,[122] und noch Andere endlich bezeichnen den Konkurs nur als das regelmäßige oder häufig eintretende Mittel, jenen Erfolg zur Gewißheit zu bringen, ohne, wenn es nicht zum Konkurse kommt, andere Mittel auszuschließen.[123] Eine Ansicht, wonach ein Ganterkenntniß und eine richterliche Dispositionsentsetzung des Schuldners ein formales Erforderniß der actio Pauliana wäre, eine Ansicht insbesondere, welche die in den Quellen erwähnte missio in poss. und bonorum venditio anders denn als Mittel, den Erfolg der Veräußerung zu konstatiren, betrachten, und vielmehr auf die spezifische Eigenschaft jener Exekutionsmittel als Dispositionsentsetzungsakte Gewicht legen würde, findet sich bei den Rechtslehrern nicht. Dagegen ist dieser letztere Gesichtspunkt in Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Cassel[124] und des Obertribunals zu Berlin[125] vertreten, wogegen Entscheidungen des Appellationsgerichts zu Leipzig,[126] und der Oberappellationsgerichte zu Dresden,[127] zu München,[128] zu Celle,[129] zu Lübeck[130]

---

[121] Dahin gehören Göschen, Vorles. II., Abth. 2, §. 630. Burchardi, System §. 86. Thibaut, Pand. (4. Aufl.) §. 1227.

[122] Wie Puchta, Pand. §. 380. Hofacker, Princ. §. 4589. Unterholzner, Schuldverh. II., S. 94.

[123] Arndt's, Pand. §. 228, N. 1. Sintenis, Civilrecht Bd. 2, S. 737.

[124] Seuffert, Archiv Bd. 3, Nr. 251.

[125] Ebendas. Bd. 13, Nr. 202.

[126] Ebendas. Bd. 3, Nro. 251.

[127] Ebendas.

[128] Ebendas.

[129] Ebendas. Bd. 9, Nro. 356.

[130] Ebendas. Bd. 11, Nro. 321.

und zu Darmstadt[131] den Konkurs als formales Erforderniß verwerfen und ihn lediglich als Mittel, den Erfolg der betrügerischen Veräußerung zu konstatiren, als welches Mittel er auch in anderem Wege ersetzt werden könne, ansehen. Mit letzterer Ansicht stimmt im Wesentlichen die Ansicht des hiesigen Obertribunals überein.

In einem Rechtsstreit war von dem Beklagten die angestellte Paulianische Klage als zu früh angebracht aus dem Grunde bezeichnet worden, weil dieses Rechtsmittel einen Akt des Gerichts, wodurch der veräußernde Schuldner der Disposition über sein Vermögen entsetzt, oder wenigstens einen andern formalen Akt, wodurch seine Vermögenslosigkeit festgestellt worden, voraussetze, während im gegebenen Falle, wo es wegen Daseyns nur eines einzigen Gläubigers sowie wegen völligen Mangels an Exekutionsobjekten zu einem Gant gegen den Schuldner nicht gekommen, jene Voraussetzungen nicht zutreffen. Diese Einwendung wurde von dem Obertribunal nicht für gegründet erkannt. Zunächst, sagen die Motive, ist aus der Natur der Sache ein Grund dafür, daß die Geltendmachung des Paulianischen Rechtsmittels von einer richterlichen Vermögensentsetzung des Schuldners abhängen solle, nicht zu entnehmen. Eine solche Dispositionsentziehung ist die Bedingung für die Geltendmachung solcher Rechte der Gläubiger, welche dieselben aus dem Rechte des Schuldners herleiten. Das Paulianische Rechtsmittel aber steht dem Gläubiger nicht aus der Person des Schuldners, dem dieses selbst nicht zukommt, mithin nicht aus der Niederlegung der Dispositionsbefugnisse des Schuldners und Uebertragung an die Gläubiger, sondern aus der eigenen Person zu. Neben der allgemeinen, in dem Verhältnisse des Gläubigers zu seinem Schuldner beruhenden Anwartschaft auf dieses Rechtsmittel kann es daher keines besonderen richterlichen Legitimationsaktes bedürfen.

---

[131] Ebendas.

Die Gesetze stellen auch eine solche formale Bedingung für das Paulianische Rechtsmittel nirgends fest. Man hat dieselbe nur durch Induktion hergeleitet aus denjenigen Quellenstellen, welche das Rechtsmittel an eine vorgängige missio in possessionem und venditio bonorum anknüpfen, z. B. §. 6, J. de act. (4,6) — l. 6, §. 7 und 14, l. 9, l. 10, §. 1, 16, 18, l. 25, §. 7, D. quae in fraud. (42,8) — cst. 5, Cod. de revoc. his, quae (7,75) indem man hiebei die spezifische Wirkung der missio als einer richterlichen Besitzentsetzung des Schuldners in den Vordergrund rückte. Allein die missio in bona und venditio bonorum bilden im römischen Recht die beiden Stadien des ordentlichen Exekutionsverfahrens gegenüber dem ungehorsamen oder zahlungsunfähigen Schuldner. Indem jene Gesetze von vorgängiger Durchlaufung dieser Stadien die Anstellung der Pauliana abhängig erklären, bestimmen sie etwas weiteres nicht, als daß der Gläubiger, ehe er den dritten Besitzer eines veräußerten Vermögenstheils belange, zuvor den Versuch angestellt haben müsse, bei dem Schuldner selbst im ordentlichen Exekutionswege zur Befriedigung zu gelangen. Dafür, daß die Gesetze hiebei nicht diesen Endzweck, sondern die Qualifikation des anzuwendenden Exekutionsmittels als einer Besitzeinweisung des Gläubigers im Auge gehabt hätten, geben die Gesetzesstellen nicht nur keinen Anhaltspunkt, sondern sie führen den einleuchtenden und schlagenden Grund für jenes Erforderniß selbst dahin an, daß vor dem Güterverkauf sich nicht bemessen lasse, ob und in welchem Grade der Gläubiger durch die betrügerische Veräußerung des Schuldners wirklich beschädigt worden sey — „si eventum fraus habuit, scilicet si creditores bona vendiderunt.“ l. 10, §. 1, D. quae in fraud (42,8).

Im gegebenen Falle ist nun das Daseyn und Maß eines für den Kläger nachtheiligen Erfolgs der angefochtenen Veräußerung konstatirt; zwar nicht durch einen solchen Akt, der im heutigen Recht an die Stelle der

römischen venditio bonorum getreten ist, nämlich nicht durch einen vollzogenen Exekutionsverkauf oder eine vorliegende Gantverweisung, aber durch das Zeugniß der zuständigen Exekutionsbehörde, daß dem Kläger für seine Forderung wegen völligen Mangels an Exekutionsobjekten zu einer Befriedigung nicht verholfen werden könne. Die Frage, ob es an einer amtlichen Erhebung der letztgedachten Art genüge, ist wenigstens für das Gebiet solcher Fälle, wo es zu Güterverkauf und Gantverweisung nicht kommen kann, unbedenklich zu bejahen. Denn auf der einen Seite kommt die venditio bonorum nach dem in der letztangeführten Gesetzesstelle enthaltenen Motive keineswegs als eine formale Voraussetzung der Paulianischen Klage, sondern nur als das regelmäßige Mittel in Betracht, um den Grad der Vernachtheiligung des Gläubigers darnach zu ermessen; als bloßes Mittel zum Zweck muß sie aber im Ermangelungsfalle durch eine anderweite amtliche Erhebung ersetzt werden dürfen. Auf der andern Seite käme man bei einer Verneinung der obigen Frage zu dem ungereimten Ergebnisse, daß Fälle, wie der gegebene, wo es wegen Vorhandenseyns nur Eines Gläubigers oder weil der Schuldner sich mittelst der betrüglichen Entäußerung gänzlich vermögenslos gemacht hat, zu einem Ganterkenntniß und Güterverkauf nicht kommen kann, welche aber gleichwohl des Paulianischen Schutzes in gleichem, beziehungsweise noch in höherem Maße bedürfen, gleichwohl des Rechtsmittels nicht theilhaftig werden könnten; ein Widerspruch, der dadurch noch um so auffallender wird, daß wenigstens für den Einen der gedachten Fälle: wenn nur ein einziger Gläubiger vorhanden, das Zustehen des Rechtsmittels gesetzlich ausdrücklich anerkannt ist. l. 10, §. 6, D. quae in fraud. (42,8). Es kann hiegegen nicht mit Grund eingeworfen werden, daß es auch in den genannten Fällen in der Macht des Gläubigers stehe, ein Konkurserkenntniß oder wenigstens einen andern Akt des Gerichts, worin die Entsetzung des Schuld-

ners aus der Vermögensverfügung ausgesprochen werde, herbeizuführen. Denn was einen Akt der letztern Art betrifft, welcher in der Hauptsache nur die Legitimation zur Paulianischen Klage zum Gegenstand haben sollte, so kennt das bestehende Recht außer dem Falle des Gants und der Entmündigung keine richterliche Entziehung der Vermögensverfügung. Zur Ganteinleitung aber kann es bei Vorhandenseyn eines einzigen Gläubigers — wie es sich dießfalls im gemeinen Rechte verhalten mag — wenigstens nach württembergischem Rechte nicht kommen (§. 160 des IV. Edikts). Und ebensowenig kann eine Ganteinleitung getroffen werden, wo festgestellt ist, daß es dem Schuldner an jedem exequirbaren Objekte fehle, weil hier der Zweck eines jeden Gantverfahrens: die Vermittlung einer gerechten Austheilung des schuldnerischen Vermögens unter die andringenden Gläubiger, wegfällig ist.

Das Gesetz über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen und Strafen vom 5. September 1839 enthält keine von diesen Grundsätzen abweichende Bestimmungen und der Artikel 25 desselben will Nichts an den allgemeinen Voraussetzungen des Paulianischen Rechtsmittels, hinsichtlich welcher vielmehr der vorangehende Artikel auf das gemeine Recht verweist, abändern, sondern nur den Anfangspunkt der Klageverjährung fixiren und die Klage ihrem Gegenstande nach auf Rechtsgeschäfte eines bestimmten Zeitraums einschränken. Indem hiebei solche Rechtsakte zum Anhaltspunkte genommen werden, welche nur im Gantverfahren vorkommen, ist der Wille des Gesetzes ebensowenig wie im römischen Rechte darauf gerichtet, das Gantverfahren zu einer Bedingung des Rechtsmittels zu erheben, und dieses hiedurch in seinen allgemeinen, von dem Stoffe des Art. 25 unabhängigen Erfordernissen zu beengen.

Entsch. des Obertribunals vom 30. Dezember 1862 in S. R.sche Pflegschaft c. Pf.

39) Verantwortlichkeit der Unterpfandsbehörden wegen unrichtigen Anschlags der Unterpfänder.

a) Nach Art. 223 und 224 des Pfandgesetzes vom 15. April 1825 hat die Unterpfandsbehörde, wenn sie die ihr rücksichtlich des Unterpfandswesens obliegenden Pflichten absichtlich oder aus Nachlässigkeit hintangesetzt hat, wenn sie insbesondere einen unrichtigen Anschlag der Unterpfänder sich hat zu Schulden kommen lassen, während ihr durch die Bestimmungen der Art. 12 und 184 des Pfandgesetzes und des §. 161 der Hauptinstruktion die möglichste Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit bei Pfandanschlägen zur Pflicht gemacht ist, den Betheiligten, welche dadurch in Nachtheil gerathen, den ihnen zugegangenen Schaden zu ersetzen. Zu Begründung einer Regreßklage gegen eine Unterpfandsbehörde wegen unrichtigen Anschlags von Unterpfändern gehört daher a) ein für den Pfandgläubiger entstandener Schaden; b) ein unrichtiger Anschlag der Unterpfänder; c) eine auf Absicht oder Nachlässigkeit [132] beruhende Schuld der Unterpfandsbehörde an der Unrichtigkeit des Anschlags und d) der ursachliche Zusammenhang zwischen dem Schaden des Pfandgläubigers und der Unrichtigkeit des Anschlags.

b) Anhaltspunkte für die Beurtheilung der Richtigkeit eines Anschlags bieten die Ankaufspreise, sowie frühere

[132] Uebrigens wird man die Unterpfandsbehörde nur für eine grobe Nachläßigkeit, culpa lata, verantwortlich erklären können; vergl. hierüber Bolley, Comm. Bd. 2, S. 552 f. Mayer, Comm. Bd. 2, S. 309. Die Frage, ob die Unterpfandsbehörde für jede oder nur für grobe culpa hafte, wird jedoch selten praktisch werden, da, wenn die Unterpfandsbehörde bei dem Pfandanschlag eine positive, seye es im Gesetz oder in einer Instruktion, ihr gegebene Vorschrift verletzt, dieß jedenfalls eine grobe Nachläßigkeit ist, welche sie unbedingt verantwortlich macht; nur wenn die Nachläßigkeit allein in der Werthsbemessung selbst beruht, ist die Frage erheblich, und in diesem Falle wird man kein Bedenken haben dürfen, die Unterpfandsbehörde nur für eine grobe Nachläßigkeit als verantwortlich zu erklären.

Anschläge der fraglichen Liegenschaft bei Inventuren, Theilungen und ähnlichen Rechtsgeschäften (§. 165 letzter Abs. der Hauptinstruktion), deßgleichen der Anschlag bei einer nachgefolgten Vermögensuntersuchung und der Erlös bei dem Verkauf der Unterpfänder, vorausgesetzt, daß die Preisverhältnisse sich seit der Verpfändung nicht geändert haben, endlich die Kaufpreise und die bei Inventuren und Theilungen erfolgten Anschläge anderer Güter in gleicher Lage und in derselben Steuerklasse aus fraglicher Zeit. (§. 165 Abs. 4 der Hauptinstr.) Nicht geeignet, einen Anhaltspunkt abzugeben, sind dagegen ähnliche Anschläge, wie der angefochtene, bei anderen Verpfändungen, da, wenn die Unterpfandsbehörde in dem einen Fall nachlässig war, dasselbe auch in anderen Fällen zutreffen, und daher ihre Handlungsweise in anderen Fällen keinen Beweis für die Richtigkeit des Anschlags in dem angefochtenen Falle abgeben kann. Dagegen kann der Beweis der Unrichtigkeit eines Pfandanschlags durch Sachverständige hergestellt werden; denn wenn auch bei Schätzungen von Häusern und Güterstücken die subjektive Anschauung der Schätzer nicht ohne Einfluß ist, und daher kleinere Abweichungen der Schätzung der Sachverständigen von dem Anschlag der Unterpfandsbehörde nicht in Betracht kommen können, so kann dieß keinen Grund abgeben, den Beweis durch Sachverständige hier auszuschließen, da man davon ausgehen muß, daß Personen, gegen deren volle Sachkenntniß und Unparteilichkeit keine Partei Einwendungen zu erheben vermag, wenn sie gehörig instruirt werden, ein der Wahrheit am nächsten kommendes Gutachten abgeben werden.

Entsch. des Obertribunals v. 26. Mai 1860 in S. F. c. U.; v. 30. August 1862 in S. Z. c. Unterpf.-Beh. B.

c) Auch wenn ein Anschlag erwiesenermaßen unrichtig ist, so ist die Unterpfandsbehörde hiefür nur verantwortlich, wenn die Unrichtigkeit auf Absicht oder Nachlässigkeit der Unterpfandsbehörde beruht. Nicht schon

jede Unrichtigkeit des Anschlags an sich begreift aber eine Absichtlichkeit oder Nachlässigkeit nothwendig in sich, da jede Schätzung auf Schlußfolgerungen beruht, und ein unrichtiger Schluß auf anderen Ursachen, als Nachlässigkeit beruhen, auch von der Unterpfandsbehörde eine ganz genaue Kenntniß und eine ganz genaue Angabe des wahren Werths der Unterpfänder nicht verlangt werden kann. Nichtsdestoweniger kann der Beweis einer Nachlässigkeit schon in der Unrichtigkeit des Anschlags liegen, wenn sich solcher von dem wahren Werthe der Unterpfänder zur Zeit der Verpfändung allzuweit entfernt. Denn insoweit mindestens muß der Unterpfandsbehörde der Besitz der nöthigen Kenntnisse zur Beurtheilung des Werths der Unterpfänder unterstellt werden, daß sie bei einer den wahren Werth um ein Namhaftes übersteigenden Taxation gewußt oder hätte wissen müssen, oder doch mit leichter Mühe hätte erfahren können, daß die Taxation jedenfalls zu hoch seye, und dem wahren Werthe nicht entspreche.[133] Eine solche namhafte Differenz zwischen dem Pfandanschlag und dem wahren Werth der Unterpfänder liegt vor, wenn jener den letzteren z. B. um ein Dritttheil oder die Hälfte übersteigt; in diesem Falle ist die Ueberschätzung, zumal wenn die Schätzung keine besonderen Schwierigkeiten darbot, ohne eine grobe Verschuldung nicht denkbar.

Der Umstand, daß der unrichtige Anschlag eines Gebäudes durch die Unterpfandsbehörde mit dem Brandversicherungsanschlag übereinstimmt, genügt nicht, um die Unterpfandsbehörde von der Verantwortung zu befreien. Denn der Art. 184 Abs. 3 des Pfandgesetzes und der §. 167 der Hauptinstruktion bestimmt nur, daß der Brandversicherungsanschlag bei der Schätzung von Gebäuden zu berücksichtigen und im Unterpfandsbuch wie im Pfandschein zu bemerken sey. Damit ist aber nicht

[133] Hoffmann, im Archiv für prakt. Rechtsw. Bd. 2, S. 429 f.

ausgesprochen, daß die Unterpfandsbehörde von diesem Anschlag bei ihrer Schätzung ohne Weiteres ausgehen dürfe, sondern es ist vielmehr der Brandversicherungsanschlag nur als einer der Anhaltspunkte für die Schätzung bezeichnet, und die Unterpfandsbehörde der eigenen Prüfung des Anschlags überall nicht enthoben, vielmehr hat sie selbst zu ermessen, ob jener Anschlag dem wirklichen Werthe zur Zeit der Verpfändung entspricht, und es hat dieselbe hiebei alle die sonstigen hierauf Einfluß habenden Umstände in Betracht zu ziehen.

Entsch. des Obertribunals v. 26. Mai 1860 in S. F. c. U.; v. 30. August 1862 in S. Z. c. U.=Pfdbeh. B.

d) Die Frage, ob ein den Pfandgläubiger wegen des Mindererlöses aus den Unterpfändern an seiner Pfandforderung betroffener Verlust als die Folge einer der Unterpfandsbehörde zur Schuld zuzurechnenden Ueberschätzung der Unterpfänder sich betrachten läßt, ist eine Thatfrage. Als eine Folge des unrichtigen Anschlags erscheint aber ein solcher Verlust dann, wenn aus den Umständen erhellt, daß ohne den übermäßigen Anschlag die Hingabe des Gelds gar nicht erfolgt, der betreffende Vertrag gar nicht zu Stande gekommen wäre. In der am 26. Mai 1860 entschiedenen Rt.=S. F. c. U. wurde dießfalls gesagt: „In der unbestrittenen Thatsache, daß der Pfandgläubiger doppelte Sicherheit mittelst Unterpfänder verlangt hat, liegt der Beweis, daß derselbe, wenn die Pfänder nicht unrichtigerweise doppelt so hoch angeschlagen werden, als das zu versichernde Kapital betrug, das Darlehen nicht gegeben, den Schaden durch den Mindererlös aus den Pfändern somit auch nicht erlitten hätte. Die Unterstellung, daß der Pfandgläubiger in diesem Falle dem Schuldner nur nicht die volle, sondern eine kleinere Summe angeliehen hätte, ist unbegründet, weil der Schuldner auf die Pfänder hin kein kleineres Anlehen gesucht hat, und kein Grund zu der Annahme vorliegt, daß ihm auch eine kleinere Summe genügt haben würde.“ In

ähnlicher Weise wurde in der am 30. August 1862 entschiedenen At.-Sache Z. c. Unterpfbeh. zu B. gesagt: „Da das fragliche Darlehen aus einer Pflegschaft gegeben wurde, der Verwalter pflegschaftlicher Gelder aber nach den dießfalls bestehenden gesetzlichen Bestimmungen solche nur auf gerichtliche Unterpfänder von zweifachem Werthsbetrage der zu versichernden Kapitalssumme auszuleihen ermächtigt, und das Ausleihen gegen eine geringere als zweifache Versicherung durch Unterpfänder ihm untersagt ist, auch der betreffende Pfleger das Darlehen erst auf die Mittheilung des den fraglichen Anschlag enthaltenden Informativpfandscheines zugesagt hat, so muß in Uebereinstimmung mit der dießfälligen klägerischen Behauptung als feststehend angenommen werden, daß, wenn die verpfändete Liegenschaft nach ihrem wahren Werthe angeschlagen worden wäre, das Darlehensgeschäft gar nicht zu Stande gekommen seyn würde, weil in diesem Falle der Anschlag den zweifachen Betrag der Darlehenssumme weit nicht erreicht hätte, eine Ergänzung der Unterpfänder bis zum doppelten Werthsbetrage des Darlehens durch Verpfändung weiterer Liegenschaft aber dem Schuldner wegen Mangels an den hiezu erforderlichen unverpfändeten Gütern nicht möglich gewesen wäre. Ohne die Ueberschätzung der Pfandobjekte würde daher auch der in Folge der Hingabe des Darlehens eingetretene Verlust vermieden worden seyn, und es stellt sich somit jene Ueberschätzung als die Ursache des ganzen eingetretenen Verlustes dar. Hiegegen ist zwar geltend gemacht worden, daß möglicher Weise ein kleineres, der Hälfte des wirklichen Werthsbetrags der Unterpfänder entsprechendes Kapital von dem Pfleger hätte gegeben werden können, und daher die Verfehlung der Unterpfandsbehörde nicht als die verantwortliche Ursache der Hingabe des *ganzen* Kapitals und somit auch nicht des *ganzen* eingetretenen Verlusts erscheine. Allein, für die Annahme, daß im Falle eines dem wahren Werth

entsprechenden Anschlags derselben ein Darlehensvertrag über irgend eine geringere Summe zu Stande gekommen wäre, fehlt es an jedem Anhaltspunkte; es ist völlig ungewiß und nicht einmal wahrscheinlich, daß dem Schuldner, welcher die nachher gegebene größere Summe auf die Pfänder aufnehmen wollte, mit einer kleineren Summe gedient gewesen wäre, und daß er ein solches kleineres Darlehen nur gewünscht hätte, und ebensowenig läßt sich beurtheilen, ob Seitens der Pflegschaft Geneigtheit zum Abschluß eines kleineren Darlehens vorhanden gewesen seyn würde. Leeren Vermuthungen kann aber eine Bedeutung irgend einer Art nicht eingeräumt werden. Als gewiß ist anzunehmen, daß dasjenige Darlehensgeschäft, dessen Eingehung den Verlust des Pfandgläubigers zur Folge hatte, ohne den übermäßigen Anschlag der Unterpfänder nicht zu Stande gekommen wäre, und dieß genügt, um den ursachlichen Zusammenhang zwischen dem Verlust des Gläubigers und der Ueberschätzung der Unterpfänder als erwiesen anzunehmen.[134] Dabei ist es gleichgiltig, wenn auch zufällige Umstände und Mittelursachen, welche die Unterpfandsbehörde bei ihrem Anschlag nicht voraussehen konnte, wie das außerordentliche Sinken der Güterpreise in Folge der politischen Ereignisse des Jahres 1848, dazu mitgewirkt haben, daß der Pfandgläubiger seine volle Befriedigung nicht erlangen konnte. Denn wenn gleich für den zufälligen Schaden an sich Niemand einzustehen hat, so hat doch Derjenige, welcher gesetz- oder vertragswidrig gehandelt, auch für den eine Sache zufällig getroffenen Schaden zu haften, wenn ohne seine gesetz- oder vertragswidrige Handlung der schädliche Zufall die Sache nicht hätte treffen können; — l. 5 §. 7, l. 18 pr. D. comm. (13, 6.), l. 1 §. 4 D. de obl. et act.

---

[134] Vergl. die Entsch. des Obertribunals v. 31. März 1852 mitgetheilt in Seuffert's Archiv Bd. 5, S. 389. Hoffmann im Archiv für prakt. Rechtsw. Bd. 2, S. 437.

(44, 7), §. 2 Inst. quib. mod. re contr. (3, 15), l. 11 §. 1 D. locat.. (19, 2), Landrecht Thl. 2 Tit. 2 §. 1; — und zwar machen diese Gesetzesstellen die Ersatzpflicht nicht davon abhängig, daß der Ersatzpflichtige die Gefahr hätte voraussehen können, sondern sie erklären ihn für ersatzpflichtig, weil er vertragswidrig gehandelt, und weil, wenn er vertragsmäßig gehandelt hätte, der schädliche Zufall die Sache nicht getroffen haben würde. Dasselbe muß von Demjenigen gelten, welcher durch eine gesetzwidrige Handlung einen Schaden bewirkt, und es hat daher die Unterpfandsbehörde, welche gegen die ihr durch das Gesetz auferlegten Pflichten gehandelt, gleich Demjenigen, der seine Vertragspflichten verletzt hat, auch für den zufälligen Schaden zu haften, wenn ohne die pflichtwidrige Handlung solcher nicht eingetreten wäre. Die Unterpfandsbehörde, welche durch ihre übermäßige Taxation die Hingabe des Darlehens verursacht hat, hat damit den Gläubigern solchen Zufällen Preis gegeben, und daher auch für dieselben einzutreten." [135]

e) Dem Pfandgläubiger, welchem bei dem Verkauf seiner Pfänder in Folge eines nicht einmal den wahren Werth derselben erreichenden Erlöses ein größerer Verlust zugegangen ist, kann von der regreßpflichtigen Unterpfandsbehörde nicht entgegengehalten werden, daß er durch Selbstankauf der Unterpfänder einen Theil des Verlusts hätte vermeiden können. Denn der Pfandgläubiger war berechtigt, sein Geld zurückzuverlangen, und war nicht schuldig an dessen Statt die Pfänder auf die Gefahr hin, bei einem Wiederverkaufe noch weniger zu erlösen, selbst zu übernehmen. Wer aber in seinem Rechte handelt, dem kann der Vorwurf eigener Verschuldung nicht gemacht werden.

Entsch. des Obertribunals v. 26. Mai 1860 in S. U. c. F.

---

[135] Vergl. die Entsch. des Obertribunals v. 24. Sept./22. Okt. 1859 in S. A. c. W., mitgetheilt in Seuffert's Archiv Bd. 13, S. 202. Hoffmann a. a. O. S. 434 ff.

f) Wenn der Pfandgläubiger seine Unterpfänder selbst erkauft und nachher um eine seinen Kaufpreis übersteigende Summe wieder verkauft hat, kann die Unterpfandsbehörde hieraus eine Einrede zu ihren Gunsten nicht ableiten, und nicht verlangen, daß der Betrag des Mehrerlöses an dem von ihr zu ersetzenden Verluste des Pfandgläubigers in Abzug zu bringen seye. Es ist für die Ersatzverbindlichkeit der Unterpfandsbehörde ohne Einfluß, ob der Pfandgläubiger bei dem Wiederverkauf seiner von ihm erkauften Pfänder gewonnen oder verloren hat. Es ist dieser Kauf ein ganz neues, von dem Pfandgläubiger lediglich auf seine eigene Gefahr abgeschlossenes Rechtsgeschäft, dessen Folgen nur ihn berühren, und so wenig er, wenn die Liegenschaft um einen ihren wahren Werth übersteigenden Preis von ihm übernommen oder bei dem Wiederverkauf von ihm weniger erlöst worden, als er dafür gegeben, einen Ersatz dieses Verlusts von der Unterpfandsbehörde beanspruchen kann, ebensowenig kann diese einen etwaigen Gewinn des Pfandgläubigers bei dem sie überall nicht berührenden neuen Rechtsgeschäft zu ihren Gunsten geltend machen. Wie der Pfandgläubiger einen Verlust hiebei allein auf sich leiden müßte, so muß ihm auch ein Gewinn allein zu Stätten kommen, und es kann die Unterpfandsbehörde zu ihren Gunsten hierauf so wenig sich berufen, als wenn der Pfandgläubiger bei irgend einer anderen Spekulation Etwas gewonnen hätte.

Entsch. des Obertribunals v. 30. August 1862 in S. Z. c. Unterpfandsbehörde B.

g) Den Pfandhilfsbeamten trifft nach den Bestimmungen des Art. 11. des Gesetzes v. 25. April 1828 und des Art. 36 des Pfandentwicklungsgesetzes v. 21. Mai 1828 dieselbe Verantwortlichkeit für die Beschlüsse der Unterpfandsbehörde, wie die übrigen Mitglieder dieser Behörde; es hat derselbe daher auch für die Richtigkeit von Pfandschätzungen dem Gläubiger ebenso zu haften. Ob er bei der Schätzung thätig mitgewirkt hat oder nicht, ist

für seine Verantwortlichkeit unerheblich, wenn nur der Pfandschein von ihm unterzeichnet worden ist. Denn in diesem Falle ist er nach Art. 149 des Pfandgesetzes als in die Schätzung einwilligend zu betrachten, und in Folge dessen nach Art. 229 des Pfandgesetzes für dieselbe verantwortlich.

Entscheid. des Obertribunals v. 8. April / 6. Mai 1859 in S. Z. c. M. und v. 30. August 1862 in S. Z. c. Unterpf.-Behörde B.

h) Die betheiligten Mitglieder der Unterpfandsbehörde haben nach Art. 235 des Pfandgesetzes für den durch ihre Verschuldung herbeigeführten Schaden solidarisch zu haften, vorbehältlich der ihnen im Falle der Zahlungsfähigkeit der einzelnen Betheiligten zustehenden Einrede der Theilung.

Entsch. des Obertribunals v. 30. Aug. 1862 in S. Z. c. Unterpfandsbehörde B.

40) Entlaßbarkeit eines auf Lebensdauer angestellten Privatdieners wegen injuriösen Benehmens gegen die Dienstherrschaft.

Nach der Natur des Dienstverhältnisses hat der Dienstherr Anspruch darauf, daß ihm der Dienende mit Achtung begegne, und es ist mit dem zwischen dem Dienstherrn und dem Dienenden bestehenden Verhältnisse unvereinbar, wenn der letztere dem Ersteren mit Bezeugung von Mißachtung und mit injuriösem Benehmen entgegentritt. Ist dieß der Fall, was nach den Umständen des einzelnen Falls zu beurtheilen ist, so ist der Dienstherr befugt, das Dienstverhältniß aufzuheben. Dieß gilt auch, wenn dem Bediensteten bei seiner Anstellung eine lebenslängliche Anstellung zugesichert worden. Denn die lebenslängliche Dienstanstellung kann dem Diener gegen eine frühere Dienstentlassung einen unbedingten Schutz nicht gewähren, da die Fortdauer des Dienstverhältnisses selbstverständlich voraussetzt, daß dem Diener kein begründeter Vorwurf, welcher seiner ferneren Dienstleistung im

Wege stünde, trifft. Ebenso wird durch den Umstand nichts geändert, wenn, wie bei der Anstellung von standesherrlichen und ritterschaftlichen Beamten häufig geschieht, diesen zugesichert worden ist, daß ihre Entlassung nur nach Maßgabe der Bestimmung des §. 47 der Verf.-Urkunde bezüglich der Entlaßbarkeit der Administrativ- und Commun-Beamten solle verfügt werden können. Denn bei der Unanwendbarkeit des dort vorgeschriebenen Verfahrens auf Privatdiener kann in dieser Zusicherung nur das gefunden werden, daß die Dienstherrschaft sich des Rechts begeben hat, den Diener willkührlich und ohne erhebliche Gründe zu entlassen, und daß, wenn es sich nicht um die Entfernung des Dieners wegen Verbrechen oder gemeiner Vergehen in Folge strafgerichtlichen Verfahrens handelt, zum Mindesten die Kognition des Civilrichters im Falle des Streits berufen seyn soll, den Dienstherrn gegen unbegründete Fortdauer des Dienstverhältnisses, sowie den Diener gegen unbegründete Entlassung zu schützen, wobei Verfehlungen des Dieners, welche dessen Stellung, wenn er Staats- oder Korporationsdiener wäre, in dem Staats- und Korporationsdienste ebenfalls unhaltbar oder unmöglich machen würden, als Dienstverfehlungen im Sinne des gedachten §. 47 beurtheilt werden sollen. Dahin gehören aber auch grobe Injurien gegen die Dienstherrschaft.

Entsch. des Obertribunals v. 18. Juni 1861. in S. H. c. v. G.

41) Verbindlichkeit zum Ersatz des durch Unterlassungshandlungen verursachten Schadens.

Wer eine Handlung vornimmt, welche Dritte zu beschädigen geeignet ist, hat die Pflicht, gegen die schädlichen Folgen dieser Handlung die geeignete Vorkehrung zu treffen, wie denn beispielsweise die Gesetze in l. 31 D. ad leg. Aquil. (9,2.) und §. 5. J. de leg. Aquil. (4,3) den putator arboris (Baumverschneider), welcher einen Baumast auf die gangbare Straße, sey dieß ein öffentlicher oder

Privatweg, herabwirft, ohne dießfalls zuvor in einer Weise gewarnt zu haben, daß es nur eigener Unvorsichtigkeit des Vorübergehenden beizumessen ist, wenn er dem Wurfe nicht ausweicht, für schadenersatzpflichtig erklären, ferner in l. 30, §. 3. D. eod. denjenigen, welcher auf seinem Felde ein Feuer anzündet, und hiebei gegen das Umsichgreifen des Feuers die nöthigen Vorsichtsmaßregeln vorzukehren unterlassen hat, (qui non observavit, ne ignis longius procederet) für die Beschädigung fremden Eigenthums durch das Umsichgreifen der Flamme verantwortlich machen. Nach diesen gesetzlichen Beispielen sind auch Unterlassungs-Handlungen als Grund der Schadenersatzverbindlichkeit erklärt, wenn Naturkräfte in Bewegung und Thätigkeit versetzt werden, welche, sich selbst überlassen, Beschädigungen an Personen und Eigenthum herbeizuführen geeignet sind, und wenn solchen vorzubeugen unterlassen wird, und zwar macht bei solchen Schadenstiftungen jede Verschuldung verantwortlich, welche überhaupt in den Grenzen der Zurechnung liegt. „In lege Aquilia et levissima culpa venit.“ l. 44. pr. D. ad leg. Aquil. (9,2).[136]

Entsch. des Obertribunals v. 8. April 1862 in S. R. u. Gen. c. F.'sche Erben.

---

[136] In dem Falle, bei dessen Entscheidung die obigen Sätze ausgesprochen wurden, waren mehrere Holzmacher damit beschäftigt gewesen, Holzstämme, welche oberhalb eines steilen Abhangs gefällt worden, über diesen Abhang auf die Straße herabschießen zu lassen. Durch einen dieser Holzstämme war ein vorübergehendes Mädchen, deren Warnung die unten auf der Straße aufgestellten Arbeiter unterlassen hatten, an der Hand schwer beschädigt worden. Wegen jener Unterlassung wurden die letztgedachten Arbeiter auf den Grund der obigen Rechtssätze zum Schadenersatz verurtheilt, weil es eine in der Oertlichkeit und Beschaffenheit des von den Holzhauern vorgenommenen Geschäfts begründete und jedem halbwegs sorgfältigen und denkenden Menschen von selbst sich aufdringende Pflicht der auf der Straße aufgestellten Arbeiter gewesen, die Vorübergehenden, so lange die Möglichkeit einer Gefährdung durch die oberhalb des Abhangs in Arbeit befindlichen Holzhauer vorgelegen, vor der ihnen drohenden Gefahr zu warnen,

42) Schadenersatz wegen Tödtung eines Menschen.

Die durch den Art. 13 des Gesetzes vom 5. Sept. 1839 im Falle der Tödtung eines Menschen dem Thäter auferlegte Verbindlichkeit zum Ersatze des Schadens, welcher den von dem Getödteten zu alimentirenden Personen durch seinen Tod zugegangen, tritt ein, sobald gewiß ist, daß die Handlung des Thäters die wirkende Ursache des erfolgten Todes war. Dabei ist es, wenn die Handlung des Thäters eine widerrechtliche war, für die civilrechtliche Verschuldung desselben gleichgiltig, wenn seine Handlung auch nur mittelbar, z. B. durch die Herbeiführung einer tödlichen Krankheit, den Tod veranlaßt hat, sobald nur feststeht, daß lediglich durch die fragliche Handlung diese Krankheit und in deren Folge der Tod herbeigeführt worden ist. Ebenso wird an der Schadenersatzpflicht des Thäters dadurch nichts geändert, wenn er auch die Folge seiner Handlung als eine mögliche nicht wohl vorhersehen konnte, da derjenige, welcher eine widerrechtliche Handlung begeht, für jeden aus derselben entspringenden Schaden einzustehen hat. Auch ist es unerheblich, wenn der an den Folgen einer Mißhandlung Gestorbene in Folge seiner körperlichen Beschaffenheit mehr Anlage als Andere zu der durch die Mißhandlung herbeigeführten Krankheit gehabt haben sollte, welche den sofortigen Tod zur Folge hatte.

Entsch. des Obertribunals vom 1. Juni 1861 in S. R. c. K.

---

und die Unterlassung dieser Warnung dadurch nicht entschuldigt seye, daß die fraglichen Arbeiter in der, wenn auch durch manche Umstände unterstützten, Meinung gewesen, es seye das Herabwerfen der Baumstämme von den oberhalb befindlichen Arbeitern eingestellt worden, vielmehr bei der Höhe der Gefahr für Leben und Gesundheit der Vorübergehenden es immerhin noch als eine den Bekl. zur Schuld zuzurechnende Unvorsichtigkeit betrachtet werden müsse, wenn sie sich mit einem bloßen Wahrscheinlichkeitsschluß hinsichtlich der Einstellung der Arbeit begnügt, und unterlassen haben, sich hierüber völlige Gewißheit zu verschaffen. Vergl. Seuffert, Archiv Bd. 15, Nro. 129.

43) Angebliche Würzburger Diöcesanobservanz bezüglich der kirchlichen Baupflichtigkeit der Laienzehnten.

Die Behauptung, daß in der ehemaligen Diöcese Würzburg die allgemeine Observanz gegolten habe, daß auch die Besitzer weltlicher Zehenten der kirchlichen Baulast unterliegen, hat das Obertribunal in einem neuerdings entschiedenen Falle nicht als erwiesen angenommen.[137] Zwar ist es, sagen die Motive, eine bekannte geschichtliche Thatsache, daß vielfach versucht worden ist, auch die Laienzehenten als baupflichtig anzusprechen, und daß dieß insbesondere auch von Seiten der bischöflichen Kurie zu Würzburg geschehen ist.[138] Ebenso bekannt ist es aber auch, daß diesem Bestreben der Kurie zu Würzburg von Seiten der hiebei vorzugsweise betheiligten Reichsritterschaft in Franken auf das entschiedenste entgegengetreten, und die Berechtigung ihres Widerspruchs insbesondere in dem auf ihre Veranlassung gestellten, unter dem Titel: „Vindiciae Libertatis Decimarum laicalium ad Refectionem Ecclesiarum parochialium (1729)" bekannten Gutachten von J. H. Böhmer nachgewiesen worden ist. Wenn dessenungeachtet der vorvormalige Würzburg'sche Geheimerath und Professor Barthel in seinen Annotationes ad universum jus canonicum (Col. et Francof. 1757) L. III. tit. 48. Qu. 1. p. 319 die Frage: „An etiam decimatores laici teneantur reparare Ecclesiam?" dahin beantwortet: „Si non adsint sufficientes reditus, nec constet, cui onus fabricae incumbat? in Dioecesi Herbipolensi ex generali consuetudine tenentur," so ist dieß eben eine unerwiesene Behauptung, für deren Zuverläßigkeit der Umstand nicht gerade spricht, daß zum Beweise der angeblichen Würzburger Observanz

---

[137] Vergl. auch Tafel, Civilrechtsspr. Bd. 3, S. 69 f.

[138] Reinhardt, kirchl. Baulast S. 47 ff. Seuffert, Bl. f. Rechtsanw. Bd. 4, S. 81 ff.

auf einen Baufall sich berufen wird, welcher Allem nach derselbe ist, der das entgegenstehende Böhmer'sche Gutachten veranlaßt hat. Auch spricht gegen das Bestehen der Observanz der Umstand, daß in der s. g. Responsio Herbipolensis, — welche der Bischof Johann Philipp zu Würzburg im J. 1708 zu Widerlegung eines von der Juristenfakultät zu Tübingen auf Veranlassung von Mitgliedern des fränkischen Reichsadels gestellten Gutachtens, wodurch die Frage von der Baupflicht der Laienzehnten verneint worden, durch seinen geistlichen Rath abfassen ließ, — der angeblichen Observanz nicht erwähnt ist, [139] während dieß im Falle des wirklichen Bestehens einer solchen Observanz am nächsten gelegen wäre. Zwar erwähnen nach dem Vorgang von Barthel auch Wolfgang Schmitt und Franz Anton Dürr in ihren Schriften wiederum der Würzburgschen Observanz, allein ohne für deren Beweis etwas Weiteres beizubringen, und wenn Dürr dieselbe sogar „universalem Germaniae consuetudinem" nennt, so zeigt dieß am besten, was von diesem Zeugnisse zu halten ist. Auch ist nicht ohne Bedeutung, daß andere Würzburger Professoren, Hauß [140] und Gregel, [141] in ihren einschlagenden Dissertationen der Observanz nicht erwähnen. Wohl mag es seyn, daß die Kurie zu Würzburg in ähnlicher Weise, wie dieß auch bei der bischöflichen Kurie zu Konstanz der Fall war, den von ihr angenommenen Satz der Kirchenbaupflichtigkeit auch der Laienzehenten in einzelnen Fällen zur Anwendung gebracht und diesem entsprechende Entscheidungen gefällt hat. Allein selbst wenn ein dießfälliger konstanter Gerichtsgebrauch der Kurie zu Würzburg erwiesen wäre, so würde damit für sich allein

---

[139] Reinhardt, a. a. O. S. 48, 51.

[140] Diss. de eo, quod justum est circa onus reficiendi aedificia ecclesiastica. Wirceb. 1781. §. XXIX, p. 63.

[141] Diss. de onere refic. eccles. Wirceb. 1793. §. XLVII—LI. p. 41—46.

das Bestehen eines Gewohnheitsrechts noch nicht dargethan seyn. Denn wenn auch der Gerichtsgebrauch unter gewisser Voraussetzung ein Erkenntnißmittel für das Bestehen eines Gewohnheitsrechts abgeben kann, so kann ihm eine solche Bedeutung dann nicht zukommen, wenn lediglich die Auslegung des geschriebenen Rechts seine Grundlage bildet.[142] Bei dem Umstande, daß in fraglicher Zeit gerade darüber Streit war, ob nach den Grundsätzen des bestehenden kanonischen Rechts auch Laienzehenten zu den Kirchenbaukosten beigezogen werden können, ist aber anzunehmen, daß die Kurie, indem sie die Besitzer von Laienzehenten als kirchenbaupflichtig erkannte, dieß lediglich in der Annahme, das von ihr dahin ausgelegte kanonische Recht anzuwenden, nicht aber in der Absicht, sich dadurch zum Organe einer im Volke lebenden Rechtsüberzeugung zu machen, gethan hat.

Entsch. des Obertribunals vom 28. Juni 1861 in S. der Gemeinde N. c. die St.-Herrsch. H. L.

44) Die bei successorischen Eheverträgen nothwendigen Zeugen müssen nicht nur die Eigenschaft von Solennitäts-, sondern zugleich von Beweiszeugen haben.

Ein Ehevertrag, wodurch die gesetzliche Erbfolge geändert wird, bedarf nach der Bestimmung des Landrechts Theil III., Tit. 8, §. 3 zu seiner Giltigkeit der Zuziehung von drei Zeugen auf jeder Seite. Diese Zeugen sind, da ihre Zuziehung die formelle Bedingung für die Giltigkeit der successorischen Eheverträge und die gesetzliche Form derselben bildet, Solennitätszeugen,[143] sie müssen jedoch,

---

[142] Die nähere Ausführung dieses Satzes siehe oben Nro. 1 dieser Mittheilungen.

[143] Es ist daher unrichtig, wenn Reyscher, württ. Priv.-R. Bd. 3, §. 597, Note 4 sagt, es seyen unter den bei successorischen

nach der Bestimmung des Landrechts, um giltige Solennitätszeugen zu seyn, **zugleich** die Fähigkeit von Beweiszeugen haben. Hiefür sprechen schon die Worte des Landrechts: „es sollen solche unverwandte Personen seyn, welche „den paciscirenden Ehegemächten ab intestato nicht succediren, sondern auf den Fall für unparteiische oder „taugenliche Zeugen gehalten werden mögen." Denn der Intestaterbe, wenn er nicht zum Erben eingesetzt wird, ist ein giltiger Testamentszeuge, er ist aber ein ungiltiger Zeuge bei successorischen Eheverträgen, wenn er auch darin in keiner Weise bedacht ist; also ist schon hierin eine Beschränkung der Solennitätszeugen bei den letzteren gegeben. Sodann können die Worte: „sondern — mögen" nicht bloß als der reine Gegensatz von den Worten: „solche — succediren" betrachtet werden, weil sie sonst ganz überflüssig wären, und weil die Worte: „auf den Fall u. s. w." schon an sich auf die Zukunft, wo die Zeugen als taugliche Zeugen gebraucht werden mögen, hinweisen, was auch durch die Eisengrein'sche Relation bestätigt wird. Nach Eisengreins Gesetzesentwurf und den Motiven hiezu sollten nämlich zu Eheerbverträgen von jedem Gatten als Zeugen zwei solche Personen, die „nit der paciscirenden Ehegemächt Erben ab intestato, sondern uff für fallenden künftigen Stritt und Nottdurftsfall zur Zeugschaft von Rechtswegen taugenlich seyen, gebraucht werden." Zwar steht diese Bestimmung in dem Entwurf an der Stelle, wo von unverbrieften Eheberedungen die Rede ist; allein aus der unmittelbar darauf an die Paciscenten gerichteten Ermahnung, die Eheberedung in Schriften zu verfassen, und mit den Zeugen zu unterzeichnen, weil durch Absterben der letzteren und „dannenhero an der Beweisung ervolgenden Mangel stritt und irrungen leichtlichen volgen mögen," und den Mo-

---

Eheverträgen erforderlichen Zeugen nur Beweiszeugen und keine Solennitätszeugen zu verstehen.

tiven ergibt sich ganz unzweifelhaft, daß diese Bestimmung sowohl für mündliche als schriftliche Eheerbverträge gegeben ist.[144] Wenn gleich der Eisengrein'sche Entwurf in den späteren Gesetzgebungsarbeiten insbesondere in dem Reinhardt-Enzlin'schen Landrechtsentwurf wesentliche Aenderungen erlitten hat, so ist doch gerade die aus dem ersten Entwurfe ausgehobene Stelle nur mit einiger Abkürzung, sonst aber beinahe wörtlich in das neueste Landrecht aufgenommen worden.[145]

Sollen hienach die Zeugen bei successorischen Eheverträgen die Eigenschaft tauglicher Beweiszeugen haben, so können Brüder nicht als taugliche Zeugen erkannt werden, weil sie im Landrecht Thl. 1. Tit. 36 §. 7 der Regel nach für unfähige Zeugen erklärt sind.

Entscheidung des Obertribunals vom 6./24. April 1861 in S. K. und Gen. c. M.[146]

45) Die bei successorischen Eheverträgen nothwendigen Zeugen müssen bei deren Errichtung anwesend seyn.

Wenn auch, da das Gesetz nicht ausdrücklich die Einheit des Akts für die Errichtung successorischer Eheverträge fordert, der Ansicht mehrerer Rechtslehrer beigepflichtet werden kann, daß eine Einheit der Handlung, wie solche bei Testamentserrichtungen erfordert wird, nicht als unumgängliche Bedingung der Rechtsbeständigkeit des Vertrags anzusehen sey,[147] so ist doch die von Besold[148]

---

[144] Faber und Schloßberger, Vorarbeiten zum württ. Landrecht S. 353, 355, 356.

[145] Ebendas. S. 356, 657.

[146] Der Rechtsfall, welchem obige Sätze entnommen sind, wird auch mitgetheilt von Tafel, Civilrechtsspr. Bd. 5, S. 78 ff.

[147] **Besold**, ad P. III, jur. Württ. §. 69. **Lauterbach**, Coll. theor. pr. P. II, p. 445. **Stryk**, Tract. de success. ab int. diss. VIII. de pact. succ. cap. V. §. 8. Griesinger, Comm. Bd. 5, S. 250. Reyscher, württ. Priv.-R. Bd. 3, §. 597, Note 4.

[148] a. a. O.

weiter ausgesprochene Ansicht, es sey nicht einmal die Anwesenheit der Zeugen erforderlich, es könne vielmehr, wie dieß häufig geschehe, den einzelnen Zeugen die Vertragsurkunde zur Unterzeichnung in's Haus geschickt werden nicht für richtig zu erachten, da nach der Bestimmung des Landrechts Thl. III. Tit. 8, §. 3, die beizuziehenden Zeugen „ohnverwandte Personen und auff den Fall ohnparteiische oder taugenliche Zeugen", dieselben somit nicht blos Solennitäts- sondern zugleich auch Beweiszeugen seyn sollen, Zeugen der letzteren Art aber über den Abschluß des Vertrags, und zwar in der vorgeschriebenen Form, in der That Zeugen aus eigenem Wissen seyn müssen, [149] und mithin an sie, die Zeugen, die Vorlegung der Vertragsurkunde oder die Eröffnung der Willenserklärung unmittelbar von den Paciscenten selbst geschehen seyn muß. [150]

Entscheidung des Obertribunals vom 20. Dezember 1861 in S. R. u. G. c. H.

---

[149] Sarwey, Monatschr. Bd. 10, S. 241—243.

[150] Meines Erachtens bedarf es zur Entscheidung der obigen Frage der Herbeiziehung des Satzes, daß die bei successorischen Eheverträgen nothwendigen Zeugen nicht blos Solennitäts-, sondern zugleich auch Beweiszeugen seyn müssen, nicht. Auch aus der Eigenschaft der Zeugen als Solennitätszeugen, was sie unzweifelhaft sind, da ihre Beiziehung und Mitwirkung die formelle Bedingung der Giltigkeit des Geschäfts bildet, folgt nothwendig das Erforderniß ihrer Anwesenheit bei der Errichtung des Ehevertrags. Denn die Form ist als eine Einheit zu betrachten, welche nicht aufgelöst werden kann, ohne jene selbst zu vernichten. Wird daher die Giltigkeit eines Geschäfts an die Form der Beiziehung von Zeugen gebunden, so ist damit von selbst ausgesprochen, daß die Zeugen bei dem Geschäfte anwesend seyn müssen, da ja die Form, oder m. a. W. die Solennität, eben hierin, in der Anwesenheit der Zeugen bei dem Geschäfte, besteht. Hieraus ergibt sich dann auch die Bejahung der weiteren Frage, ob sämmtliche Zeugen gleichzeitig anwesend seyn müssen, wie denn auch darüber, daß Solennitätszeugen in Einem Akte handeln müssen, kein Streit herrscht, und daher, wenn die in Note 1 Angeführten die Nothwendigkeit der gleichzeitigen Gegenwart der bei successorischen Eheverträgen erforderlichen Zeugen läugnen,

46) **Fallen Erbverzichte der Eheleute unter den Begriff von successorischen Eheverträgen.**

Erbverzichte der Eheleute sind unter diejenigen Erbverträge zu stellen, bei welchen, wenn sie giltig seyn sollen, die im Landrecht Thl. 3, Tit. 8, §. 3 vorgeschriebene Form der Zuziehung von drei Zeugen auf jeder Seite beobachtet werden muß. Hiefür haben sich schon Griesinger[151] und Besold[152] ausgesprochen, und nicht ein Schriftsteller über das württembergische Recht hat eine hievon abweichende Ansicht aufgestellt, vielmehr drücken sich alle so allgemein aus, daß auch von ihnen angenommen werden darf, sie seyen derselben Ansicht.[153] Auch wird von Kapff[154] eine auf ein Gutachten der Juristenfakultät zu Tübingen gegründete Entscheidung mitgetheilt, in welcher ein, die wechselseitige Entsagung auf alle Erbschaftsansprüche enthaltender Vertrag zwischen zwei Eheleuten als giltig angenommen wurde, weil er unter Beobachtung der in dem Landrecht a. a. O. vorgeschriebenen Förmlichkeiten geschlossen worden. Unter den in den Tübinger Consilien[155] zusammengestellten Ent-

---

dieß nur daraus sich erklären läßt, daß dieselben die Eigenschaft der Zeugen als Solennitätszeugen nicht im Auge behalten, oder wie Reyscher nicht anerkennen. Eine unitas actus in dem strengen Sinne, wie bei der Errichtung von Testamenten, wird jedoch allerdings nicht erfordert, da dieß aus der Vorschrift der Beiziehung von Solennitätszeugen nicht von selbst folgt, und eine besondere dießfällige Vorschrift nicht besteht.

[151] Comm. Bd. 6, S. 417.

[152] ad part. III, §. 123.

[153] Bolley, Amtsinstruktion für Notare. Tit. 14, §. 6, Z. V, 2. in Vergleichung mit den Motiven S. 113 und mit der Vorrede S. IV. Reyscher, württ. Priv.-R. Thl. 3, §. 597. Weishaar, württ. Priv.-R. Thl. 1, §. 222, 226. Jeitter, freiw. Gerichtsbarkeit Bd. 1, §. 192. Kübel, Erbrecht (3. Aufl.) §. 281. Reinhardt, Comm. Bd. 2, S. 72.

[154] Merkw. Civilrechtsspr. Bd. 1, S. 299. vergl. mit S. 292.

[155] Vol. IX. cons. 31, N. 34.

scheidungen über successorische Eheverträge findet sich zwar eine Entscheidung über die Giltigkeit oder Ungiltigkeit formloser Erbverzichte nicht. Der Grund hievon liegt aber wohl nur darin, weil die Fälle, wo dem einen oder anderen Ehegatten Etwas zugewendet wird, die Regel bilden werden und mehr Anlaß zum Streit geben. Dagegen finden sich in den Consilien einige Fälle, in welchen das Erbrecht des einen oder anderen Ehegatten durch den Ehevertrag geschmälert und zum Theil auf ein sehr geringes Maß herabgesetzt wurde, und diese Eheverträge sind von der Tübinger Juristenfakultät wegen mangelnder Beobachtung der Landrechtsform für ungiltig erklärt worden. Wird aber durch den Ehevertrag das Erbrecht eines Ehegatten geschmälert, so ist dieß nichts anderes als ein theilweiser Erbverzicht, und es ließe sich ein Grund nicht absehen, der den Gesetzgeber bestimmt haben sollte, bei einer bloßen Schmälerung des Erbrechts die Beobachtung einer gewissen Form vorzuschreiben, einen gänzlichen Erbverzicht aber, also das Mehr, ohne alle Form als giltig anzuerkennen. Hienach wird man annehmen dürfen, daß der Eingangs aufgestellte Satz in Theorie und Praxis stets anerkannt gewesen. Erst in jüngerer Zeit, in einer Entscheidung vom 22. November 1853 in S. N. c. H., hat sich das Obertribunal für die entgegengesetzte Ansicht und dafür, daß ein Erbverzicht nicht unter den landrechtlichen Begriff eines successorischen Ehevertrags zu stellen seye, ausgesprochen;[156] allein schon am 22. Februar 1854 in S. B. c. B. wurde diese Ansicht wieder in Zweifel gezogen, und als die Frage in jüngster Zeit in S. K. und Gen. c. M. wiederholt in Anregung kam, gaben die der früher angenommenen Ansicht ent-

---

[156] In dem von Tafel, Civilrechtsspr. Bd. 2, S. 81 ff. mitgetheilten Fall kam die Frage, ob bei Erbverzichten der Eheleute die für successorische Eheverträge vorgeschriebene Form beobachtet werden müsse, nicht zur Entscheidung.

gegenstehenden Bedenken Anlaß zu einer Berathung in voller Versammlung des Civilsenats des Obertribunals, in welcher am 6. April 1861 der oben vorangestellte Satz wieder angenommen worden ist.

„Unverkennbar", ist in den Motiven dieser jüngsten Entscheidung gesagt, „wollte das Landrecht über Ehebe-redungen auf eine erschöpfende Weise Bestimmungen geben, und im §. 3 im Gegensatz zu §. 1 Vertragsbestimmungen zwischen den Eheleuten, welche ihr Verhältniß während der Ehe betreffen, von solchen, welche für den Fall des Absterbens hinsichtlich der Vererbung gegeben worden, unterscheiden; jene sind nach §. 1 ohne alle Form giltig, für letztere aber wird im §. 3 für ihre Giltigkeit eine Form in so allgemeinen Worten vorgeschrieben, daß darunter auch Erbverzichte fallen, insofern auch sie eine Vergleichung der Eheleute ihrer Succession halber sind. Sodann läßt sich als Grund des Gesetzes kein anderer denken, als durch diese Form einer bei dem innigen Verhältnisse der Paciscenten möglichen ungebührlichen Einwirkung des Einen auf die Freiheit des Willens des Andern eine Schranke zu setzen, was auch in der weiteren Bestimmung, daß die Intestaterben der Paciscenten nicht als Zeugen beigezogen werden sollen, sich zu erkennen gibt. Dieser gesetzliche Grund trifft aber ebensowohl bei einem Erbverzichte, als bei einem erwerbenden Erbvertrage zu."

In der Eisengrein'schen Relation ist zwar nur von Erbeinsetzungsverträgen, von pactis successoriis acquisitivis ausdrücklich die Rede. [157] Allein die Hervorhebung solcher Eheverträge, durch welche einem Ehegatten mehr zugewendet werden will, als ihm ab intestato gebühren würde, erklärt sich daraus, daß dieß die häufigeren Fälle

---

[157] Faber und Schloßberger, Vorarbeiten zum württ. Landrecht S. 351, 353.

sind, und deren Erwähnung daher am nächsten lag, und läßt sich daher zum Beweise einer beabsichtigten Beschränkung der Vorschrift der Zuziehung von Zeugen auf erwerbende Erbverträge der Eheleute nicht geltend machen. Wäre eine solche, vom gesetzgeberischen Standpunkte aus durchaus unmotivirte Unterscheidung zwischen erwerbenden Erbverträgen und Erbverzichten der Eheleute und die Zulassung der letzteren ohne alle Form beabsichtigt worden, so wäre diese Unterscheidung in dem Eisengrein'schen Entwurf gewiß hervorgehoben worden, während dieser für alle „Abredungen" von Eheleuten „darin von künftigen Erbfällen disponiert und allein ..... gehandelt würdt" die Beobachtung der fraglichen Form vorschreibt,[158] diese Worte aber beiderlei Arten von Erbverträgen umfassen, was ebenso auch von dem Entzlin'schen Entwurf[159] und den hiemit fast wörtlich übereinstimmenden Worten des Landrechts selbst gilt.[160]

47) Haftung des einen Ehegatten für Delictsschulden des anderen im Falle allgemeiner Gütergemeinschaft.

Ein Gerichtshof hatte die Frage, ob bei allgemeiner Gütergemeinschaft die Ehefrau für Verbindlichkeiten des Ehemanns aus einem von ihm während der Dauer jener Gemeinschaft verübten Verbrechen einzustehen habe, bejaht, indem es im Begriffe und Wesen der allgemeinen Gütergemeinschaft liege, daß dadurch das gesammte Vermögen der Eheleute zu einer ungetheilten Masse werde, so daß die vor der Ehe existent gewesenen Rechte jedes Ehegatten

---

[158] Ebendas. S. 363.

[159] Ebendas. S. 657.

[160] Obige Entscheidung findet sich auch in Tafel's Civilrechtsspr. Bd. 5, S. 80 ff., wo auch die Entsch.-Gründe des Gerichtshofs abgedruckt sind.

an den einzelnen Gegenständen des beiderseitigen Vermögens in dem nun entstehenden Miteigenthum der Eheleute an der gemeinschaftlichen Masse aufgehen, und daher alle vor und während der Ehe entstandenen Schulden aus diesem gemeinschaftlichen Vermögen zu bezahlen seyen. Hiegegen wurde geltend gemacht, daß die allgemeine Gütergemeinschaft als eine wahre Gesellschaft zu betrachten sey, und es den Grundsätzen des römischen Rechts über Societät widerspreche, wenn die Folgen eines Verbrechens von dem Vermögen des an solchem unschuldigen Ehegatten getragen werden müßten. Das Obertribunal trat jedoch der Ansicht des Gerichtshofs bei, indem dasselbe bemerkte: Zwar ist über das der allgemeinen Gütergemeinschaft überhaupt zu Grunde liegende Rechtsverhältniß für Württemberg durch kein Gesetz entschieden, und es sind die Ansichten der Rechtslehrer hierüber von einander abweichend und zur Zeit noch nicht als festgestellt zu betrachten. [161] Allein nicht nur hat die Ansicht, welche bei der allgemeinen Gütergemeinschaft von dem Prinzip eines Gesammteigenthums ausgeht, sowohl früher als bis auf die neueste Zeit in der Doctrin ihre Vertheidiger gefunden, [162] sondern es hat auch das Obertribunal an dieser Auffassung als dem deutschen Recht entsprechend in meh-

---

[161] Vergl. Sarwey, Monatschr. Bd. 2, S. 193 ff. Bd. 7, S. 31 ff. Gerber, deutsches Priv.-R. (4. Aufl.) §. 230, 231. Hillebrand, deutsches Priv.-R. §. 167. Runde, eheliches Güterrecht §. 63, 64, 65, S. 148 ff. und S. 390. Hasse, Beitrag zur Revision der bisherigen Theorie von der ehelichen Gütergemeinschaft S. 56 ff. Deiters, die eheliche Gütergem. S. 57 und 192.

[162] Hofacker, Princ. jur. civ. Tom, I, §. 457, 460, 483. Philipps, deutsches Priv.-R. Bd. 1, §. 86; Bd. 2, §. 140, 143, und dessen Lehre von der ehelichen Gütergem. S. 215 ff. Beseler, Lehre von den Erbverträgen Bd. 1, S. 4, 75—76, 81, 85 ff., 94, 106, 180. Bluntschli, deutsches Priv.-Recht (2. Aufl.) §. 162, lit. D. §. 165. Bolley, in Sarwey's Monatschr. Bd. 7, S. 34, 35.

reren Entscheidungen bis in die neueste Zeit festgehalten.[163] Geht man hievon aus, so existirt ein Sondergut des einen oder anderen Ehegatten während der Dauer der allgemeinen Gütergemeinschaft nicht, es werden also auch die Schulden gemeinschaftlich,[164] und es kann demzufolge die Ersatzverbindlichkeit aus dem Vergehen eines Ehegatten nur dem gemeinschaftlichen Vermögen obliegen.[165]

Entscheidung des Obertribunals vom 4. März 1862 in S. A. c. Stiftungspflege A.

48) Verfügungsrecht des überlebenden Ehegatten über das gemeinschaftliche Vermögen im Falle der Unterlassung einer Eventualtheilung.

Stirbt ein Ehegatte und es verzichten die Kinder zu Gunsten des überlebenden Gatten auf Vornahme einer Eventualtheilung unter der Bestimmung, daß bei einer später nothwendig werdenden Theilung das alsdann sich ergebende Vermögen die Grundlage derselben bilden solle,

---

[163] Entsch. des Obertribunals v. 2. Juni 1835 in S. J. c. J.; v. 14. April 1847 in S. M. c. Oe. W.; v. 20. Dez. 1861 in S. K. c. H. — Hiemit stimmt auch die von Tafel, Civilrechtsspr. Bd. 2, S. 157 ff. mitgetheilte Entscheidung eines Gerichtshofs überein.

[164] Seuffert, Archiv Bd. 1, Nro. 247; Bd. 4, Nro. 235. a. Entsch. des Obertribunals v. 6. Juni 1851 in S. B. c. H.; v. 12. Sept. 1851 in S. L. c. N.; v. 4. Okt. 1851 in S. B. c. H.

[165] In dem Fall, der die obige Entscheidung veranlaßte, kam übrigens hinzu, daß die Eheleute in dem Ehevertrag hinsichtlich ihres gesammten in die Ehe gebrachten und während derselben zu erwerbenden und zu ererbenden beiderseitigen Vermögens eine ungetheilte gemeinschaftliche Masse, ein unbedingtes Gemeingut errichtet haben, so daß auf kinderloses Absterben des einen Ehetheils der Ueberlebende — gegen Entrichtung eines Rückfalls an die nächsten Verwandten des Verstorbenen — im Besitz des sämmtlichen Vermögens verbleiben sollte. Hierauf wurde die Annahme, daß ein gezweites Gut — ein Sondergut für den einen oder andern Ehegatten vor Eingehung des Ehevertrags nicht mehr existirt habe, neben der Bezugnahme auf die oben angeführte Thesis, vorzugsweise gebaut.

so steht in diesem Falle dem überlebenden Gatten das unbeschränkte Verfügungsrecht über das Gesammtvermögen der Eheleute zu. In dem §. 126 der Hauptinstruktion zum Pfandgesetze vom 14. Dezember 1825 ist diese Folge des Unterbleibens einer Eventualtheilung zwar nur für den Fall, daß die Eheleute in allgemeiner Gütergemeinschaft gelebt haben, ausdrücklich ausgesprochen. Allein daß die Hauptinstruktion nur von dem Falle der allgemeinen Gütergemeinschaft handelt, findet darin seine Erklärung, daß das Unterbleiben einer Eventualtheilung für den Fall des Verzichts der Betheiligten erst in dem Notariatsgesetze vom 14. Juni 1843 Art. 36 Ziff. 1 neu eingeführt worden ist. Dieselbe innere logische Nothwendigkeit, wie bei Fortsetzung der allgemeinen Gütergemeinschaft nach dem Ableben des einen Ehegatten bringt es aber mit sich, auch in dem Falle, wenn die Eheleute in der landrechtlichen Errungenschaftsgesellschaft gelebt haben, und eine Eventualtheilung in Folge Verzichts der Kinder unterblieben ist, dem überlebenden Ehegatten ordentlicher Weise das Recht der freien Verfügung über das beisammenbleibende Gesammtvermögen zuzuschreiben. Denn wenn unter Verzichtleistung auf eine Eventualtheilung und mit der (in Folge dessen sich von selbst ergebenden) Erklärung, daß lediglich das zur Zeit dereinstiger Theilung sich ergebende Vermögen die Grundlage derselben bilden soll, das gesammte vorhandene Vermögen in Bausch und Bogen im Besitz und in der Verwaltung des überlebenden Gatten bedingungslos belassen wird, so ist mit diesem Akte, der auf dem natürlichen Vertrauen beruht, daß das Ueberlebende die Familieninteressen, wie Sitte und Herkommen es mit sich bringe, gebührend wahren werde, dem Ueberlebenden unzweideutig die freie Dispositionsbefugniß über das gesammte Vermögen anheimgegeben. Auch bei der ständischen Berathung des Art. 36 des Notariatsgesetzes wurde davon ausgegangen, daß ein Verzicht der Erbsinteressenten auf

die Vornahme einer Eventualtheilung dem überlebenden Ehegatten die freie Dispositionsbefugniß über das vorhandene Vermögen einräume.[166]

Entscheidung des Obertribunals vom 14. Juni 1861 in S. Sch. c. B.[167]

49) Von welchem Zeitpunkte an hat der überlebende Ehegatte im Falle der Trennung einer Errungenschaftsgesellschafts-Ehe durch den Tod Zinse aus seinem Beibringen anzusprechen?

Wenn Ehegatten in der Errungenschaftsgesellschaft gelebt haben, und es wird die Ehe durch den Tod getrennt, so ist der überlebende Ehegatte berechtigt, sein Beibringen sofort zurückzunehmen, woraus von selbst folgt, daß wenn die Herausgabe von den Erben verweigert oder verzögert wird, der überlebende Ehegatte von der Trennung der Ehe an auch Zinsen aus seinem Beibringen beanspruchen kann. Zwar wird sich hiegegen auf die Bestimmung der cst. un. §. 7, Cod. de rei ux. act. (5, 13) berufen, wonach, wenn bewegliche oder unkörperliche Dotalgegenstände nicht innerhalb eines Jahres nach Auflösung der Ehe zurückgegeben werden, der Ehemann verbunden ist, deren Werth mit 4 Prozent zu verzinsen. Allein die dos des römischen Rechts und das Beibringen der Ehefrau in der Errungenschaftsgesellschaft sind verschiedener Natur. Die römische dos wurde dem Manne bestellt, weil er aus seinem Vermögen die ehelichen Lasten allein zu bestreiten hatte, und kam in das Eigenthum

---

[166] Verh. der K. d. A. v. 1841/2. Bd. VI, Sitzung Nro. 80 v. 11. April 1842. S. 67 f., Bd. XVI, Beil.-Heft 1. Abth. 3. S. 205.

[167] Der Rechtsfall, in welchem die obige Entscheidung ergangen ist, wird auch mitgetheilt in Boscher's Zeitschr. für die freiw. Gerichtsbarkeit Jahrg. 1862, Nro. 1, S. 11 ff.

des Mannes.[168] Bei der Errungenschaftsgesellschaft aber sind jene Lasten von beiden Ehegatten zu tragen, das Beibringen bleibt im Eigenthum der Frau und nur das Recht der Verwaltung steht dem Manne zu. Bei dieser Verschiedenheit kann von Anwendung des römischen Rechts über die Zeit der Herausgabe der dos auf das Beibringen der in der Errungenschaftsgesellschaft lebenden Ehefrau keine Rede seyn, wie sich dieß auch noch besonders aus der Bestimmung des württembergischen Landrechts Thl. IV., Tit. 3, §. 3 und Tit. 4, §. 4 und 5 ergibt, wonach bei Trennung der ehelichen Gesellschaft durch den Tod des einen Ehegatten noch vor der innerhalb Monatsfrist zu eröffnenden Theilung des gemeinschaftlichen Vermögens der überlebende Ehegatte sein Beibringen, mag es in liegenden Gütern oder in Baarschaft bestehen, zurücknimmt. Es sind vielmehr bei Trennung der ehelichen Gesellschaft durch den Tod die Erben des Verstorbenen verbunden, nicht nur, wie auch schon bei der dos des römischen Rechts, die zum Beibringen gehörigen Grundstücke, sondern auch die übrigen Beibringensgegenstände sofort zurückzugeben.

Entsch. des Obertribunals vom 17. Dez. 1861 in S. A.'sche Erben c. A.'sche Wittwe.

50) Erstreckt sich die elterliche Nutznießung auch auf den einem Kinde zustehenden Genuß einer Familienstiftung.

Familienstiftungen (im Gegensatz gegen eigentliche Familienfideikommisse) sind solche Stiftungen, welche die Bestimmung haben, daß Glieder der Familie unter gewissen Voraussetzungen oder für besondere Zwecke den Genuß der Einkünfte, Früchte, des Stiftungsvermögens oder eines Theils desselben auf lebenslang oder vorübergehend erhalten sollen. Das Recht der Familienglieder besteht somit in dem Recht auf einen Antheil an den

---

[168] Vergl. meine Diss. de dotis fructibus sol. matr. div. (1841) §. 1.

Früchten des Vermögens der Stiftung. Ob die elterliche Nutznießung sich auch auf diesen einem Kinde zustehenden Fruchtgenuß erstrecke, war in einem Spezialfalle bestritten, wurde aber von dem Obertribunal bejaht. Zwar, sagen die Motive, hat Justinian im Jahr 529 durch die const. 6 pr. Cod. de bonis, quae liberis (6, 61) dem Haussohn die Proprietät an dem Vermögen, welches er von anderen Personen als seinem Vater erwerbe, zugewendet, und nur den Nießbrauch dem Vater belassen. Gleichwohl aber hat er im Jahr 531 in der cst. ult. Cod. de usufructu (3, 33) für den Fall eines durch den Haussohn erworbenen Usufrukts an fremdem Vermögen verordnet, daß dieser Usufrukt nach der Entlassung des Sohns aus der väterlichen Gewalt unverändert bei dem Vater verbleiben solle, und damit ausgesprochen, daß der Vater diesen Usufrukt schon vorher, also von der Erwerbung durch den Sohn an auszuüben habe, die Ausübung dem Sohne von Anfang an nicht zukomme, mit anderen Worten: daß die kraft dieses Usufrukts bezogenen Früchte des fremden Vermögens nicht in das Sondergut des Sohnes, sondern in das Vermögen des Vaters kraft seines gesetzlichen Nutznießungsrechts übergehen. Das Recht eines Familienglieds auf Antheilnahme an den Früchten des Vermögens der Stiftung ist freilich kein Usufrukt, sondern ein mit Ausschluß aller anderen Befugnisse bezüglich des Stiftungsvermögens auf den Fruchtbezug aus demselben beschränktes Recht. Allein gegenüber dem gesetzlichen Nutznießungsrecht des Vaters kann bei dem von dem Kinde erworbenen Usufrukt an fremdem Vermögen nur das Prinzip dem Gesetze zu Grunde gelegen haben, daß kraft des Usufrukts die Früchte des fremden Vermögens als Früchte zu beziehen sind. Und dieses entscheidende Prinzip trifft bei dem Genusse von Familienstiftungen in gleicher Weise zu; denn das Recht der Familienmitglieder besteht in dem Rechte auf den Genuß der Früchte des Stiftungsvermögens. Die Konse-

quenz jenes Prinzips führt also zur analogen Anwendung des Gesetzes über die väterliche Ausübung des vom Sohne erworbenen Usufrukts auf Rechte der fraglichen Art.[169]

Entsch. des Obertribunals vom 3. Januar 1862 in S. W. c. W.

51) Nutznießungsrecht der überlebenden Mutter an dem ihrem Kinde nach ehegerichtlicher Scheidung der Ehe seiner Eltern von dessen Vater erblich zugefallenen Vermögen.

Wenn nach erfolgter gerichtlicher Scheidung einer Ehe der abgeschiedene Ehemann stirbt und von einem in der geschiedenen Ehe erzeugten Kinde beerbt wird, so entsteht die Frage, ob in diesem Falle der überlebenden Mutter das Nutznießungsrecht an dem jenem Kinde von dem verstorbenen Vater erblich zugefallenen Vermögen zusteht. Diese Frage ist zu bejahen. Zwar enthalten die Gesetze dießfalls keine ausdrückliche Bestimmung, da der §. 4 des Tit. 7 und der §. 4 des Tit. 8 im Thl. IV. des Landrechts von dem Falle handeln, wenn eine bestehende Ehe durch den Tod des einen Ehegatten getrennt worden, und den aus dieser Ehe vorhandenen Kindern von dem verstorbenen Vater oder Mutter Vermögen zugefallen ist, in welchem Fall dem überlebenden parens ein lebenslängliches Nutznießungsrecht an diesem Vermögen zustehen soll, der §. 2 des Tit. 9 im Thl. IV. des Landrechts aber nur für den Fall eine Bestimmung trifft, wenn nach der Trennung einer Ehe durch den Tod (also nicht durch Scheidung) einem aus dieser Ehe vorhandenen Kinde von des Vaters oder der Mutter Linie oder anders woher (also

[169] Uebrigens kann im einzelnen Falle das Nutznießungsrecht schon durch den Zweck der Stiftung ausgeschlossen werden, wie z. B. wenn eine Familienstiftung zu Bestreitung der Studienkosten, oder eines Lehrgelds, oder von Reisekosten bestimmt ist, und nur zu diesem Zwecke der Genuß einem Familienglied eingeräumt wird. In einem Falle dieser Art kann von einem elterlichen Nutznießungsrechte selbstverständlich keine Rede seyn.

nicht von dem verstorbenen parens)[170] Vermögen erblich zugefallen, in welchem Falle dem überlebenden Vater oder der überlebenden Mutter das Nutznießungsrecht an diesem Vermögen bis zur Verheirathung oder erlangter Volljährigkeit des Kindes zustehen soll. Allein der Grund dieses gesetzlichen Nutznießungsrechts des Vaters beziehungsweise der Mutter ist, wie aus dem angeführten §. 2 und anderen Stellen des Landrechts selbst erhellt,[171] nicht die elterliche Gewalt, sondern die Pflicht zur Erziehung und Unterhaltung der Kinder. Diese ratio legis trifft in gleichem Maße, wie bei dem von den Kindern nach dem Tode des Einen der Eltern von dessen Linie oder anderswoher erworbenen, so auch bei dem den Kindern von ihrem geschiedenen Vater durch dessen Tod angefallenen Erbvermögen zu. Es erscheint daher die analoge Anwendung des für die Fälle des §. 2 aufgestellten Grundsatzes auf den vorliegenden Fall gerechtfertigt. Der Satz, daß die analoge Anwendung korrektorischer Gesetze unstatthaft sey, steht nicht entgegen; denn das hier in Frage stehende Nutznießungsrecht ist ein deutschrechtliches Institut, die genannte Landrechtsstelle enthält eine, diesem deutschrechtlichen Institute entflossene, Norm und sollte keineswegs

---

[170] Daß der §. 2 nur den Fall im Auge hat, wenn nach getrennter Ehe durch den Tod den Kindern aus dieser Ehe Vermögen von einem Dritten, nicht von dem verstorbenen **Parens**, erblich zugefallen, darüber lassen schon die Worte der Gesetzesstelle, die Ueberschrift des Tit. 9 und die Vergleichung mit den Bestimmungen des §. 4 des Tit. 7 und §. 4 des Titel 8 keinem Zweifel Raum; auch wird dasselbe bestätigt durch die betreffende Stelle des zweiten Landrechts (Reyscher, Ges.-Samml. Bd. 4, S. 382) und die Vorarbeiten zum dritten Landrecht, Faber, S. 510. 511, 608. Vgl. auch Griesinger, Comm. Bd. 9, S. 665, 674, Z. 1. Reinhardt, Comm. Bd. 3, S. 135.

[171] **Harpprecht, Diss. disp. 76. p. 1526, 1528, 1540, 1541. Consilia Tub. IX, 49, 18. p. 646. Lauterbach, Disp.** zum württ. Landrecht S. 148, Z. **IX.** Griesinger, Commentar, Bd. 9, S. 664, Note z, S. 665—668.

einen, die Fortbildung des recipirten römischen Rechts bezweckenden Grundsatz einführen. Diese Landrechtsstelle erscheint ebendarum nicht als ein das römische Recht abänderndes, korrektorisches Gesetz, sondern nur als die Konsequenz aus einem bereits im deutschen Rechtsleben einheimischen Institute. Folglich ist ihre analoge Erweiterung auch statthaft. Selbst alle neueren Schriftsteller über das Landrecht haben keinen Anstand genommen, dieselbe Gesetzesstelle analog auf die Nutznießung der Mutter an demjenigen Vermögen ihrer Kinder anzuwenden, das dieselben zu Lebzeiten **beider** Eltern als adventizisches Sondergut erworben haben, obgleich die Mutter nach römischem Recht von dem Nießbrauch an allem Vermögen ihrer Kinder, also auch an diesem ausgeschlossen war.[172] Man hat daher allen Grund, der Mutter das Nutznießungsrecht auch an demjenigen Vermögen, welches nach gerichtlicher Scheidung der Ehe einem aus derselben entsprossenen Kinde von dessen Vater erblich zugefallen, zuzusprechen.

Entsch. des Obertribunals vom 3. Januar 1862 in S. W.'sche Wittwe c. W.'sche Pflegschaft.

52) **Der Ausschluß von dem Verwaltungsrecht schließt den Verlust des elterlichen Nutznießungsrechts nicht von selbst in sich.**

Die Anordnung in einem Testamente, daß dem Vater die Verwaltung des seinem Kinde vermachten Vermögens entzogen, und dieses Vermögen unter obrigkeitliche Verwaltung gestellt werden solle, hat für sich nicht die Wirkung, daß nun auch die Nutznießung des Vaters als entzogen anzusehen wäre; denn das Gesetz (Nov. 117, cap. 1) spricht

---

[172] Griesinger, Comm. Bd. 9, S. 665—668. Reinhardt Comm. Bd. 3, S. 135, Anmerk. 1. Weishaar, württ. Priv.-R. Bd. 1, S. 243, 244. Reyscher, württ. Priv. R. Bd. 3, S. 140, §. 605.

diese Folge nicht aus und vermöge der Natur der Sache ergibt sie sich nicht aus der Entziehung der Verwaltung.[173]

Entsch. des Obertribunals vom 3. Januar 1862 in S. W. c. W.'sche Pflegschaft.

53) **Die Nutznießung der Eltern an dem adventicischen Sondergut der Kinder hört mit deren Volljährigkeit nur dann auf, wenn sie überdieß nicht mehr im Unterhalt der Eltern stehen.**[174]

Das Landrecht Th. IV. Tit. 9, §. 2 bestimmt in fraglicher Beziehung: „was aber denen Kindern, deren rechtlicher „Eltern eins noch im Leben, mit oder ohne Testament von „ihres verstorbenen Vatters oder Mutter Linien, oder sonsten anderstwoher, weitters zufällt, damit soll folgender „Unterschid gehalten werden, daß nämlich denen Kindern, „so allbereit verheurat, oder über 25 Jar ihres Alters „und nicht mehr in ires noch lebenden Vatters oder Mutter Zucht und Unterhaltung seind, ihr Angebürnuß gleich „selbsten zu nüßen und zu verwalten gefolgt: der ohnverheuraten oder minderjärigen Kinder Angebürnuß aber „bis zu ihrer Verheuratung oder erlangtem 25järigem „Alter, irem noch lebenden Vatter oder Mutter zu nutzen „und zu nüßen in Handen gelassen werde".

Diese letzten Worte, wo gesagt ist, ein solches adventicisches Sondergut solle den Eltern „bis zur Verheurathung der Kinder oder dem erlangten 25jährigen Alter zu nutzen und zu nießen in Händen gelassen werden," könnten den Anschein erregen, als wenn die Nutznießung mit der Volljährigkeit der Kinder aufhöre; allein diese Worte dürfen nicht für sich allein in's Auge gefaßt wer-

---

[173] Griesinger, Comm. Bd. 9, S. 691, Note 4. Reinhardt, Comm. Bd. 3, S. 140, Anmerk. 1.

[174] Der Rechtsfall, welcher die oben mitgetheilte Entscheidung des Obertribunals veranlaßte, findet sich auch in Tafel's Civilrechtssprüchen Bd. 4, S. 138—142, nur ist dort als Tag der Entscheidung des Obertribunals unrichtiger Weise der 2. Juni „1850" statt „1860" angegeben.

den, sondern sind vielmehr im Zusammenhang mit dem übrigen Inhalte der vorstehenden Landrechtsstelle auszulegen, wobei sogleich in die Augen fällt, daß im Eingange nicht von der Volljährigkeit allein die Rede, sondern ausdrücklich gesagt ist, „denen Kindern, so allbereit verheurat „oder über 25 Jar ihres Alters und nicht mehr in „ihres Vatters Zucht und Unterhaltung seind." Diese letzteren Worte können nicht umsonst gebraucht seyn und müßig dastehen, sie zeigen vielmehr, besonders da sie mit dem Vorangehenden durch ein „und" verbunden sind, deutlich, daß die Volljährigkeit für sich allein nicht genügt, sondern das Kind, welches den Nießbrauch erhalten soll, auch nicht mehr im Unterhalt der Eltern stehen darf, und es würde der Natur eines Gesetzes, sowie allen Auslegungsregeln völlig widersprechen, wenn man annehmen wollte, das Gesetz habe das anfangs Gesagte erst mit seinen vorhin ausgehobenen Schlußworten genauer bestimmen und berichtigen wollen, während umgekehrt die Annahme viel natürlicher und gerechtfertigter ist, daß diese unvollständigeren Schlußworte lediglich nur in der Vermeidung von Wiederholungen ihren Grund haben und umgekehrt nach der genaueren und vollständigeren ersten Hälfte der Gesetzesstelle auszulegen sind.

Gleiche Bewandtniß hat es auch mit Landrecht Thl. IV., Tit. 9, §. 5 und Thl. IV., Tit. 12, §. 1, umsomehr, da diese Stellen von anderen Gegenständen reden und nur nebenbei der Nutznießung des Kinderguts erwähnen. Auch in diesen Stellen ist zwar nur von der Verheirathung oder Volljährigkeit der Kinder als von dem Endtermine jener Nutznießung der Eltern die Rede; allein auch dieß muß durch den vollständigeren Inhalt des §. 2 in Thl. IV., Tit. 9 als der Hauptstelle (ex textu pleniore et cardinali, wie sich die unten angeführten Tübinger Consilien ausdrücken) seine nähere Bestimmung erhalten, da diese Landrechtsstelle es ist, wo sich das Gesetz die genaue Festsetzung unserer Frage zur Aufgabe gemacht

hat. Diese Auslegung des §. 2 in Thl. IV., Tit. 9 wird auch durch die Landrechtsstelle Thl. II. Tit. 18, §. 7 unterstützt, wo in ähnlicher Weise vom Aufhören der väterlichen Gewalt gesagt ist, daß solches zumal dann eintrete, „wenn die Kinder ihre mannbaren Jahre erreichen „und vom Vater mit Anstellung eigener Haushaltung sich „absondern, oder auch vom Vater nicht mehr unterhalten „werden." Diese Stelle weist überhaupt auf einen weitergehenden Zusammenhang der Sache hin. Nach römischem Recht endigt nemlich der Nießbrauch nnd das damit verbundene Verwaltungsrecht des Vaters an dem adventicischen Sondergut des Kindes mit der väterlichen Gewalt, deren Ausfluß dieser Nießbrauch ist, und da nach deutschem Recht die väterliche Gewalt bekanntlich auch mit der Anstellung eines abgesonderten Haushaltes, der gewöhnlich mit der Verheirathung verbunden ist, aufhört, so erlischt nach gemeinem Recht mit jener Anstellung auch der fragliche Nießbrauch der Eltern. Den deutschrechtlichen Grundsatz vom Erlöschen der väterlichen Gewalt mit Anlegung eines eigenen Haushalts hat das Landrecht ausdrücklich anerkannt (Thl. II. Tit. 18, §. 7 und Thl. III. Tit. 23, §. 3), und läßt dieser Zusammenhang der Sache annehmen, daß das Landrecht in Thl. IV. Tit. 9, §. 2, hinsichtlich des Nießbrauchs der Eltern am Adventizgut der Kinder nichts ändern, sondern dessen Ende erst mit dem Zeitpunkte eintreten lassen wollte, wo diese aus dem Unterhalte der Eltern treten, wie denn auch der schon angeführte §. 1 des Tit. 12 in Thl. IV. zeigt, daß die Unterhaltung der Kinder und jener Nießbrauch der Eltern als in einer Wechselbeziehung zu einander stehend vom Landrecht aufgefaßt werden.

Für diese Auslegung des §. 2 in Tit. 9 des Thl. IV. spricht überdieß noch die Art und Weise, wie das zweite Landrecht in fraglicher Beziehung sich ausgedrückt hat, und die der Abfassung des dritten Landrechts vorangegangenen Relationen. Das zweite Landrecht

S. 339[175] hatte unter Anderem sich dahin ausgedrückt: „was aber den Kindern, so nicht mehr von den Eltern unterhalten und erzogen werden, anfalle, das solle ihnen selbst zu nießen ꝛc.,“ und in den Relationen ist bezüglich des §. 2 des Tit. 9 in Thl. IV. gesagt, man habe in dieser Beziehung (am zweiten Landrecht) nichts zu ändern gewußt.[176] Desgleichen wurde in den Relationen zum dritten Landrecht ad §. 7. III. 18 bemerkt: „ein Vater solle an den adventitiis bonis, so lange er die Kinder in seiner Kost erhalte, die Nutzung haben, sobald die Kinder sich verheurathen oder auch unverheurathet nicht mehr in seiner Kost und Unterhaltung seyen, so solle er ihnen dieselben zuzustellen schuldig seyn.“[177]

Alles dieses zeigt, daß die hauptsächlich maßgebende Landrechtsstelle Thl. IV. Tit. 9, §. 2 in keinem anderen, als dem oben bezeichneten Sinne zu verstehen ist, daß nemlich der fragliche Nießbrauch der Eltern am adventicischen Sondergut der Kinder nicht schon mit der Volljährigkeit der letzteren, sondern erst dann aufhört, wenn sie überdieß nicht mehr im Unterhalte der Eltern stehen.[178]

Entsch. des Obertribunals vom 2. Juni 1860 in S. K. c. H'sche Gläubiger.

54) Ende der Alimentationspflicht des parens während der Dauer der statutarischen Nutznießung.

Dem überlebenden Ehegatten steht das Recht zu, den Erbtheil seines mit dem Verstorbenen gezeugten Kindes

---

[175] Reyscher, Gesetzessammlung Bd. IV. S. 382.

[176] Faber und Schloßberger, Vorarbeiten zum Landrecht S. 511. Anmerkungen S. 608.

[177] Faber und Schloßberger, a. a. O. S. 212.

[178] Hiemit stimmen auch überein Harpprecht, Dissert. I. S. 117. II. Dissert. 77, S. 1555, N. 60 und S. 1575, §. 35, S. 1576 ff. Consilia Tubingensia, cons. 40, No. 68—71. Besold, Disput. ad IV. 9, S. 148. Griesinger, Comm. Bd. 9, S. 663, 671, 677—679.

lebenslänglich zu nutznießen (statutarische Nutznießung) Landrecht Thl. IV., Tit. 7, §. 4, Tit. 8, §. 4, wogegen der nutznießende parens verpflichtet ist, das Kind zu alimentiren und zu erziehen, auch ihm im Falle seiner Verheirathung ein Heirathsgut zu geben. Landrecht Thl. IV., Tit. 11, §. 1 und Tit. 13. Diese Alimentationspflicht hört jedoch, wie jede andere, vermöge ihrer subsidiären Natur von dem Zeitpunkte an auf, in welchem der zu Alimentirende, sey es durch eigenes Vermögen, sey es durch seine Arbeit, sich selbst zu erhalten im Stande ist.

Entsch. des Obertribunals vom 4. Jan. 1862 in S. A. c. H.

55) Fiduciarische Caution. Unstatthaftigkeit des Abzugs der trebellianischen Quart von dem sicherzustellenden Vermögen.

Wenn dem Erben auferlegt ist, die Erbschaft ohne Beschränkung auf das superfuturum, Nov. 108, Cap. 1, 2, zu einer gewissen Zeit einem Dritten herauszugeben, so ist bis zum Eintritt der Fideicommißfolge die Erbschaft im Ganzen und nicht blos zu $^3/_4$ mit Fideicommiß belegt, und erst mit der Restitution erwächst das Recht des Fiduciars, das Viertel von der zu restituirenden Erbschaft zurückzubehalten. — Der Fiduciar kann schon vor Eintritt des dies fideicommissi sich die Quart durch alsbaldige Ausfolge von drei Viertheilen verschaffen cst. 12 Cod. de fideicommissis (6,42); will er aber den Eintritt des dies abwarten, so ist er nicht befugt, die Quart sofort abzuziehen und nur für den Rest Caution zu leisten. Dieß ergibt sich nach Pandektenrecht unzweifelhaft daraus, daß die vom Fiduciar bis zum Eintritt des dies gezogenen Erbschaftsfrüchte in die Quart einzurechnen sind und ein Abzug der Quart nicht stattfindet, wenn von dem Erben soviel, als die Quart und deren Früchte betragen, bis zum Zeitpunkte der Restitution an Erbschaftsfrüchten gezogen worden ist. l. 22 §. 2 D. ad S.C. Trebell. (36,1). Wenn nun auch cst. 6 pr. Cod. ad S.C. Treb.

(6,49). Descendenten unter gewissen Voraussetzungen die Einrechnung der Früchte in die Quart erlassen hat, so ist hiebei doch nirgends gesagt, daß die Quart sofort abgezogen werden dürfe, und es ist durch diese überhaupt ganz singuläre Begünstigung — vgl. §. 3 eod. — das Prinzip der Quart als eines erst bei der Restitution eintretenden Abzugs, welches Prinzip auch sonst in mehrfachen Anwendungen hervortritt, l. 19, §. 2, l. 58, §. 6 D. ad S.C. Treb. (36,1) „sed nihilo minus usus eorum et casus quadrantem quoque deminuit", l. 73, §. 2, §. 4. D. ad L. Falc. (35,2) l. 1, pr. l. 2, §. 3. D. si cui plus (35,3) cst. 3, §. 3, Cod. communia legatorum (6,43) auch für die dadurch begünstigten Descendenten nicht geändert worden. Dasselbe Prinzip stellt allgemein das Landrecht auf, indem in Thl. III., Tit. 13, §. 5, nachdem unmittelbar zuvor von Kindern und Eltern des Erblassers als Fiduciaren die Rede war, die Vorschrift gegeben wird, daß bei Computation des trebellianischen Viertels, abweichend von der Berechnung des Pflichttheils, „auf die Aestimation oder Anschlag, wie die Erbschaft zur Zeit befohlener Restitution befunden würdt," gesehen werden solle.[179] Hieraus folgt, daß der Fiduciar an der als Fideicommiß sicherzustellenden Verlassenschaft keinen Abzug unter dem Titel der Quart vor etwaiger Restitution des Fideicommisses zu machen befugt ist.

Entsch. des Obertribunals vom 15./17. Februar 1862 in S. G. c. v. M.

56) Versendungsrecht ex jure deliberandi.

Bezüglich des Versendungsrechts ex jure deliberandi bestimmt das Landrecht, welches bei dieser Transmissions-

---

[179] Vgl. Landrecht Th. III. Tit. 13, §. 4. verb. „nächstvermeldten trebellianischen vierten Theil in Zustellung der Erbschaft bevor zu behalten befugt seyn," ebendas. §. 12, 13. verb. „die Kinder solchen trebellianischen Viertheil von der übergebenen Erbschaft für sich zu behalten befugt seyn sollen.

art dem gemeinen Recht folgen will, in Thl. IV., Tit. 22, §. 3: Wenn Jemand eine Erbschaft aus einem Testament, oder ab intestato zufalle, und derselbe innerhalb Jahresfrist, nachdem er von dem erblichen Anfall Wissenschaft bekommen, sterbe, ohne sich über die Annahme und Ausschlagung der Erbschaft erklärt zu haben, so versende er sein Antretungsrecht auf seine eigenen Intestat- oder Testamentserben in der Art, daß diese innerhalb der von dem Jahr noch übrigen Zeit die ihrem Erblasser deferirte Erbschaft für sich antreten können.

Zu Begründung dieser Transmission ist also zunächst erforderlich, daß die Erbschaft dem Erben rechtlich angefallen sey und daß er von diesem Anfall Wissenschaft erlangt habe. Die einzelnen Momente, welche in diesen beiden Richtungen nothwendig vorliegen müssen, sind aus den gesetzlichen Bestimmungen über die Möglichkeit und Wirksamkeit des Antritts einer Erbschaft zu entnehmen, indem die Deliberation des Erben darüber, ob er die Erbschaft annehmen wolle, jedenfalls alsdann beginnen kann, wenn er solche sogar alsbald antreten dürfte. Zu einem wirksamen Erbschaftsantritt wird erfordert, daß der Tod des Erblassers eingetreten sey und daß der Erbe hievon Kenntniß habe, l. 19 D. de acquir. hered. (29,2); ebenso muß der Erbe wissen, aus welchem Grunde er berufen sey, ob durch Gesetz oder Testament, l. 17, 22, 51 pr. D. eod. Dagegen ist es nicht nöthig, daß der Erbe von der ihm zugefallenen Erbsquote oder von der Zahl der Miterben oder von dem Bestande der Erbschaft Kenntniß habe, l. 21 §. 3 D. eod. l. 5 §. 1 D. si pars hered. pet. (5,4), und wird auch bei der Berufung durch ein Testament nicht vorausgesetzt, daß dasselbe zur Zeit des Erbschaftsantritts dem Erben schon eröffnet worden, oder daß er sonst vollständige Kenntniß von dessen Inhalt erlangt habe, vielmehr wird es als genügend anerkannt, wenn der Erbe auf irgend eine Weise bestimmte Wissenschaft davon bekommen hat, daß er im Testamente als Erbe eingesetzt

sey[180] l. 32, §. 1 D. de adqu. vel. om. her. (29,2) — cst. 19 Cod. de jur. delib. (6,30) — cst. un. §. 1 u. 5. Cod. de cad. toll. (6,51,) und wenn er keine Zweifel darüber hegt, ob er unbedingt oder nur bedingt eingesetzt sey.[181]

Entsch. des Obertribunals vom 10. Juni 1862 in S. K. u. N. c. Sch.

B. Prozeß.

57) Zur Grenzbestimmung der Kompetenz der Civil- und Administrativjustizbehörden bei Streitigkeiten über Rechte an öffentlichen Gewässern.

Für die Frage, ob ein eingeklagter Anspruch der Kompetenz der Civil- und Administrativjustizbehörden anheimfällt, ist nicht die Qualität des Streitgegenstandes an sich, sondern die Natur des im Streite liegenden Rechtsverhältnisses, also die Qualität des von dem Kläger seinem Anspruch unterstellten Rechtsgrunds, ob solcher dem Privatrecht oder dem öffentlichen Recht angehört, entscheidend.[182] Nicht jeder Streit über die Benutzung der öffentlichen Wasser ist daher der civilrechtlichen Kompetenz entzogen, vielmehr gilt dieß nach den Grundsätzen, wie sie von dem Obertribunal im Anschluß an die bekannte, behufs der Entscheidung eines Kompetenzkonflikts ergangene höchste Entschließung vom 9. Sept. 1846 angenommen worden und auch von dem k. Geheimerath befolgt werden, nur bezüglich der auf Staats-

---

[180] Sintenis, das prakt. gem. Civilrecht (2. Aufl.) Bd. 3, S. 494. Mühlenbruch, in der Forts. von Glück's Comm. Bd. 43, S. 204, 206.

[181] Sintenis, a. a. O. S. 494, N. 21. Mühlenbruch, a. a. O. Bd. 42, S. 419. Arndts, Pand. §. 507, Anm. 1. Hofacker, Princ. Tom. II. §. 1436.

[182] Gerau in Linde's Zeitschr. für Civ.-R. u. Proz. N. F. Bd. 11. Anh. S. 252. Dieses Archiv Bd. 1, S. 419, Bd. 2, S. 8, Bd. 5, S. 235 ff.

konzession beruhenden Nutzungsrechte an öffentlichen Gewässern, und nur für Streitigkeiten über den Umfang und Inhalt von Nutzungsrechten dieser Art steht fest, daß hiefür nicht die Gerichte, sondern die Verwaltungsjustizbehörden kompetent sind. Es hat dieß seinen Grund in der Annahme, daß Berechtigungen, welche von der Staatsgewalt als solcher ertheilt werden, im öffentlichen Rechte wurzeln, und daß solche Rechte, welche ihrer Entstehung nach durch das Verhältniß des öffentlichen Rechts begründet worden, dem Gebiete des öffentlichen und nicht des Privatrechts angehören.[183] Auch bei Streitigkeiten über Nutzungsrechte an öffentlichen Gewässern bildet daher eine wesentliche Voraussetzung für die administrative richterliche Kompetenz, daß die fraglichen Berechtigungen ihren Entstehungsgrund im öffentlichen Rechte haben, da nur dieß den Grund für die Annahme der öffentlich rechtlichen Natur des Rechtsverhältnisses und der hieraus folgenden Kompetenz der Administrativjustizbehörden abgeben kann. Nun hat zwar das Obertribunal schon mehrfach ausgesprochen, daß, da nach den in Württemberg geltenden Grundsätzen die Benützung öffentlicher Wasser zur Anlage und zum Betrieb von Wasserwerken der Genehmigung der Staatsgewalt unterliege, jedes Recht auf eine derartige Benützung von Wasserkräften im Zweifel als ein von der Staatsgewalt abgeleitetes, von dieser ausdrücklich oder stillschweigend verliehenes zu betrachten seye, und demzufolge als ein Ausfluß und Verhältniß des öffentlichen Rechts sich darstelle.[184] Allein dieser Satz kann nur Anwendung finden, wenn es sich um einen Streit über Inhalt und Umfang von Nutzungsrechten an öffentlichen Gewässern handelt, deren Entstehungsgrund unbekannt ist, nicht aber, wenn ein bestimmter Grund

---

[183] Sarwey, Monatschr. Bd. 17, S. 197—205. Dieses Archiv Bd. 1, S. 251—253, 272, 433, Bd. 2, S. 315.

[184] Dieses Archiv Bd. 1, S. 273, Bd. 2, S. 315.

der Entstehung behauptet und diese bestimmte Entstehungsart den Gegenstand des Streits bildet. Denn nicht jedes Nutzungsrecht an öffentlichen Gewässern hat seine Quelle nothwendig in einem Akte der Staatsgewalt, es kann dasselbe, wie das Obertribunal stets angenommen und auch der K. Geheimerath in mehrfachen Entscheidungen anerkannt hat, denkbarer Weise auch auf anderem Wege und durch privatrechtlichen Titel seine Entstehung erhalten haben.[185] Wenn daher darüber gestritten wird, ob ein Wassernutzungsrecht auf eine gewisse Art begründet worden, so kann die Kompetenz zur Entscheidung dieses Streits nur davon abhängen, ob die Entstehungsart des streitigen Rechts, wie sie klägerischer Seits behauptet worden, dem öffentlichen oder dem Privatrechte angehört, und ist letzteres der Fall, also ein Privatrechtstitel geltend gemacht, so sind die Civil- und nicht die Administrativgerichte die zu Entscheidung zuständigen Behörden.[186]

Allerdings können Berechtigungen, welche einzelne Betheiligte hinsichtlich der Benutzung von Wasserkräften

---

[185] Dieses Archiv Bd. 1, S. 259, 270, 272, 273, 414, 419, 434.

[186] Aus diesen Gründen wurde die civilrichterliche Kompetenz für eine negatorische Klage angenommen, welche darauf gerichtet war, daß den Bekl. das auf einen Vertrag mit einem Besitzvorgänger des Klägers gegründete dingliche Recht, ihre Wiesen aus dem von einem öffentlichen Flusse gespeisten Mühlkanal des Klägers wässern zu dürfen, abgesprochen werde. Denn, sagen die Entscheidungsgründe, indem die Beklagten behauptet haben, daß das fragliche Wässerungsrecht den Wiesenbesitzern gegen Uebernahme der Uferunterhaltung von den Müllern vertragsmäßig eingeräumt, und in Folge dessen auch inzwischen gestattet worden seye, haben die Beklagten lediglich den Vertrag, und nicht einen Akt der Staatsgewalt, als den Entstehungsgrund des Wässerungsrechts behauptet, und mit dieser Behauptung einen privatrechtlichen Titel geltend gemacht. Lediglich die Verneinung dieses privatrechtlichen Titels ist der ausgesprochene Zweck der Klage, und die Existenz desselben somit der einzige Gegenstand des Streits. Zu dessen Entscheidung kann daher nur der Civilrichter kompetent seyn.

gegenüber von anderen Betheiligten aus irgend einem Privatrechtstitel erworben haben, nach den dießfalls geltenden Grundsätzen nur insoweit zur Ausführung kommen, als dieß nicht aus polizeilichen Gründen unzulässig erscheint, und das Erkenntniß darüber, inwieweit der Besitzer einer Wasserkraft in der Disposition über dieselbe polizeilich beschränkt ist, steht nur den Administrativbehörden zu. Allein hieraus folgt nur, daß das behauptete privatrechtliche Wassernutzungsrecht auch im Falle des Anerkenntnisses durch den Civilrichter nicht ausgeübt werden kann, wenn und soweit nach dem hiefür maßgebenden Ausspruch der Verwaltungsbehörden polizeiliche Gründe entgegenstehen.[187] Auf die Frage der Kompetenz zur Entscheidung über das Bestehen des behaupteten Privatrechts zwischen den Parteien ist dieß aber ohne Einfluß.

Entsch. des Obertribunals vom 3. Mai 1861 in S. W. c. H.

58) Stillschweigende Prorogation.

Die erste Voraussetzung der Prorogation ist Einwilligung der Parteien in die Rechtsprechung eines sonst unzuständigen Richters. In der Einlassung des Beklagten vor einem sonst unzuständigen Richter kann aber eine stillschweigende Einwilligung nur gefunden werden, wenn sie ohne Widerrede geschehen ist. Schon wenn der Widerspruch vorausgegangen und der Beklagte nach Verwerfung seiner Einrede der Unzuständigkeit sich einfach zur Vernehmlassung herbeiläßt, liegt in letzterer keine Einwilligung. l. 2 pr. D. de judiciis (5, 1) „aut si cum repitisset et quivis ex litigatoribus, viribus praeturae compulsus est, nulla jurisdictio est.“ Noch weniger ist dieß der Fall, wenn der Beklagte ausdrücklich nur unter dem Vorbehalt seiner Einwendungen gegen den seine Inkompetenzeinrede verwerfenden Beschluß seine Vernehmlassung ab-

---

[187] Dieses Archiv Bd. 1, S. 261, 262 in der Note, 413, 414, 417—422, 426—428.

gibt. Denn eine der Handlung selbst widersprechende Protestation kann in diesem Vorbehalt nicht gefunden werden. [188]

Entsch. des Obertribunals vom 21. Oktober 1862 in S. S. c. H.

59) Richterliches Prüfungsrecht bezüglich der Natur der angestellten Klage.

Bei der Beurtheilung einer Klage ist der Richter an den von der Partei ihr gegebenen Namen nicht gebunden, wenn diese Benennung der ausgesprochenen Intention des Klägers nicht entspricht, es würde denn aus den Umständen erhellen, daß gerade nur die benannte Klage habe angestellt werden wollen. Stellt sich dagegen die Benennung der Klage nur als eine rechtliche Ansicht über die Natur der angestellten Klage dar, so kann jene Benennung für den Richter kein Hinderniß abgeben, selbstständig zu prüfen, welche Klage nach Maßgabe der vorliegenden

[188] Eine unwirksame **protestatio facto contraria** liegt nur vor, wenn die Protestation gegen die rechtlichen Folgen einer Handlung gerichtet ist, deren Eintritt nicht von der Willkühr des Protestirenden abhängt, sondern von dem Gesetze bestimmt ist, oder wenn diejenige Absicht, gegen welche man sich verwahrt, mit Nothwendigkeit von selbst schon in der Handlung liegt. Ersteres ist z. B. der Fall, wenn der Erbe die Erbschaftsgüter mit seinen Miterben vertheilt, oder Legate ausbezahlt, dabei aber protestirt, daß die Erbschaft von ihm angetreten werde; eine solche Protestation wäre wirkungslos, da das Gesetz jene Handlungen als Erbschaftsantritt erklärt; der zweite Fall wäre vorhanden, wenn z. B. Einer den Andern durchprügelt, und dabei sich verwahrt, daß er nicht die Absicht habe, ihn zu beleidigen, oder wenn Einer dem Andern seine Weinstöcke ausreißt und sich dabei verwahrt, daß er nicht die Absicht habe, ihn zu beschädigen. Wo aber die Folgen einer Handlung von einer bestimmten Absicht abhängig sind, in der die Handlung vorgenommen wird, und wenn auch die Handlung ihrer äußeren Erscheinung nach jene Absicht auszudrücken scheint, doch möglich ist, daß die Handlung auch in einer andern Absicht vorgenommen werde, so muß eine Protestation gegen jene Folgen als vollwirksam anerkannt werden. Letzteres traf aber in dem oben mitgetheilten Falle unzweifelhaft zu.

thatsächlichen Verhältnisse und der Intention des Klägers als angestellt zu betrachten ist.

Entsch. des Obertribunals vom 18. Februar 1862 in S. des Spitals zu H. c. die Pfarrei B.

Die unrichtige Bezeichnung einer Klage ist nach württembergischem Prozeßrecht (IV. Edikt §. 77) ohne irgend einen Einfluß auf die Entscheidung,

Entsch. des Obertribunals vom 23. September 1856 in S. B. c. Staatsfinanzverwaltung.

vielmehr ist es die Aufgabe des Richters, eine Klage in demjenigen Sinne aufzufassen, welcher der wahren Absicht des Klägers bei deren Anstellung am meisten entspricht. Demgemäß wurde von dem Obertribunal in einem Falle, in welchem auf Herausgabe von Schuldscheinen über angeblich an den Beklagten cedirte Forderungen des Klägers an dritte Personen zu dem Zwecke geklagt worden war, um dadurch eine Entscheidung darüber herbeizuführen, ob der Kläger oder der Beklagte der wahre Forderungsberechtigte seye, die Klage als in Wirklichkeit auf Anerkennung des Klägers als wahren Forderungsberechtigten gerichtet angenommen, und demgemäß erkannt, daß die betreffenden Forderungen dem Kläger zustehen, und der Beklagte daher verbunden seye, die darauf bezüglichen Papiere dem Kläger auszufolgen. Zwar, sagen die Motive, ist die von den vorigen Richtern abgeurtheilte Klage wörtlich genommen die Eigenthumsklage auf Herausgabe von Schuldscheinen, welche sich auf Forderungen des Klägers beziehen. Da jedoch der Kläger sein Eigenthum wesentlich auf seine Eigenschaft als Gläubiger der bezüglichen Forderungen gründet und anderer Seits der Beklagte das Eigenthum, welches er an denselben Papieren sich beilegt, aus den angeblich von dem Kläger zu seinen Gunsten vorgenommenen Cessionen der Forderungen ableitet, so kommen die Papiere, deren Herausgabe der Kläger verlangt, nicht sowohl als selbstständige Vermögensobjekte, denn vielmehr als Accessorien der fraglichen For-

derungsrechte in Betracht, und der wahre und eigentliche Streitgegenstand ist nicht, wer Eigenthümer der Papiere, sondern wer Gläubiger der Forderungen sey. Es handelt sich also in Wirklichkeit darum, welcher von zwei Forderungsprätendenten der wahre Forderungsberechtigte ist. Diesen Streit zum Austrag zu bringen, war der gewählte Umweg der Urkundenvindikation nicht zweckmäßig, es war derselbe aber auch nicht nothwendig, da nach der von dem Obertribunal angenommenen Thesis dem Kläger gegen den Beklagten als angeblichen Cessionar der bestrittenen Forderungen ein Klagrecht auf Anerkennung seiner ausschließlichen Berechtigung an denselben zustand.[189] Da nun auch die vorigen Richter zwar nach dem Wortlaut ihrer Erkenntnisse nur die Schuldbokumente dem Kläger zuerkannt, in den Entscheidungsgründen aber die von dem Beklagten behauptete Cession der Forderungen verneint haben, und da diese Verneinung, soferne sie nach der Streitlage die wesentliche Voraussetzung der Verurtheilung des Beklagten zur Herausgabe der Schuldbokumente gewesen, in Rechtskraft zwischen den Parteien überzugehen fähig ist, so ist, und zwar mit allem Grunde, schon in den vorigen Instanzen über das Recht an den Forderungen zwischen den Parteien selbst entschieden worden. Es lag daher für das Obertribunal kein Hinderniß vor, diese Frage als den eigentlichen Streitpunkt in den Vordergrund zu stellen.

Entsch. des Obertribunals vom 18./19. Dez. 1861 in S. H. c. H.

In einer anderen Sache ist von beklagter Seite eine Nichtigkeitsklage darauf gebaut worden, daß der Richter zweiter Instanz die angestellte Klage auf Zurückerstattung einer dem Beklagten gegebenen Geldsumme als condictio sine causa aufgefaßt und, da die Hingabe der fraglichen Summe zugestanden, die vorgeschützte Einrede der Schenkung aber

---

[189] Seuffert, Archiv Bd. 13, S. 30. Bähr in den Jahrb. von Gerber und Ihering Bd. 1, S. 476, 480.

nicht erwiesen worden, die Verurtheilung des Beklagten ausgesprochen habe, während der Kläger keine condictio sine causa, sondern eine Darlehensklage angestellt habe, ohne die Existenz eines Darlehensvertrags nachweisen zu können. Diese Richtigkeitsklage wurde verworfen, da der thatsächliche Klagegrund, welchen der Gerichtshof als vorhanden angenommen, nämlich die Hingabe der fraglichen Summe schon in der Klage behauptet und vom Beklagten auch zugegeben, und nur der Rechtsgrund der Klage von dem Kläger anders als von dem Gerichtshof aufgefaßt und als Darlehen bezeichnet worden seye, der Gerichtshof aber, welcher diese rechtliche Auffassung berichtigt und den in dem Klagvorbringen enthaltenen thatsächlichen Inhalt unter die zulässige rechtliche Beurtheilung gebracht, die ihm obliegende richterliche Pflicht nicht verletzt, vielmehr nur seine Obliegenheit erfüllt habe, soferne die Bezeichnung der im Rechtssystem benannten Klage nichts Wesentliches seye.

Entsch. des Obertribunals vom 9. Juli 1862 in S. Sch. c. S.

60) Sicherheitsleistung des Klägers für die Prozeßkosten. Jurisdiktions-Vertrag mit Bayern.

Nach der Bestimmung des Landrechts Thl. I., Tit. 20., §. 1. ist der Kläger in der Regel schuldig, dem Beklagten wegen der Prozeßkosten Kaution zu leisten und durch die K. Verordnung vom 30. Januar 1812 sind von dieser Kautionsleistung nur Inländer, d. h. württembergische Unterthanen, welche mit hinreichenden freien Gütern im Königreich angesessen sind, befreit. Jeder nicht württembergische Kläger ist daher, auch wenn er begütert ist, zur Kautionsleistung für die Prozeßkosten verbunden. Hieran hat auch der Jurisdiktionsvertrag zwischen Württemberg und Bayern vom 31. August 1821 nichts geändert und es ist daher auch der bayerische Kläger, ohne Rücksicht darauf, ob er begütert ist oder nicht, verbunden,

dem württembergischen Beklagten Kaution für die Prozeßkosten zu leisten. Der §. 5 des Jurisdiktionsvertrags bestimmt zwar, daß, die Zuständigkeit der württembergischen Gerichte vorausgesetzt, deren Erkenntnisse auch bezüglich der Verurtheilung eines bayerischen Klägers zur Erstattung der Prozeßkosten in Bayern vollzogen werden sollen. Allein die im Grundsatz anerkannte Vollstreckbarkeit eines Erkenntnisses ist ohne Einfluß auf die zur Sicherung der Vollstreckbarkeit im einzelnen Falle dienende Verbindlichkeit zur Kautionsleistung, und es wird daher durch die gedachte Bestimmung des Jurisdiktionsvertrags die positive prozeßrechtliche Bestimmung der Verbindlichkeit zur Prozeßkostenkaution nicht berührt.

Entsch. des Obertribunals vom 30. Juni 1849 in S. W. c. W. und Comp.; vom 15. März 1861 in S. G. c. T.; [190] vom 15. Februar 1862 in S. W. und F. c. M.'sche Ehefrau.

61) Die Partei ist berechtigt, die Befolgung einer ihr gemachten richterlichen Auflage ihrem bevollmächtigten Anwalte zu überlassen.

Jeder Partei steht es der Regel nach frei, sich vor Gericht durch Bevollmächtigte vertreten zu lassen; [191] sie ist daher, auch wenn eine richterliche Auflage ihr selbst eröffnet worden, berechtigt, deren Befolgung und die Einhaltung der Fristen ihrem Bevollmächtigten zu überlassen, und es kann ihr, wenn dieser dabei Etwas versäumt, deßhalb keine Verschuldung beigemessen werden.

Entsch. des Obertribunals vom 15. Dez. 1860 in S. Sch. c. M.

62) Beweiskraft von Quittungen, welche die Art und Weise der Zahlung nicht oder nicht genau enthalten.

a) Eine Urkunde, in welcher der Gläubiger bekennt,

---

[190] Diese Entscheidung wird auch von Tafel, Civilrechtsspr. Bd. 5, S. 176 f. mitgetheilt. Vergl. ebendas. Bd. 4, S. 18 f. und Blätter f. Rechtsanw. Bd. 4, S. 161 ff. u. S. 177 ff.

[191] Vergl. meine Ausführung in diesem Archiv Bd. 2, S. 377 ff.

eine gewisse Summe von seinen Schuldnern richtig erhalten und empfangen zu haben, reicht zum Beweise der durch den Schuldner erfolgten Tilgung der Forderung des Gläubigers vollkommen hin, sobald die formelle Beweiskraft der Urkunde selbst keinem Anstande unterliegt; namentlich bedarf es keiner weiteren Behauptungen des Schuldners hinsichtlich der Art und Weise der Tilgung seiner Verbindlichkeit, vielmehr genügt es an dem durch die Urkunde gelieferten Nachweis, daß der Gläubiger seine Forderung für getilgt erklärt hat, und es ist Sache des Gläubigers, welcher behaupten will, daß die Tilgung überhaupt nicht, oder nicht giltig erfolgt sey, diese Behauptung thatsächlich zu begründen und zu beweisen.

Entscheid. des Obertribunals vom 22. Juni 1860 in S. H. c. Z.

b) Auch wird die Beweiskraft einer Urkunde, welche das Bekenntniß des Empfangs einer Baarzahlung enthält, während nicht die ganze Summe baar, sondern ein Theil auf andere Weise, durch Abrechnung u. s. w. bezahlt worden ist, dadurch weder aufgehoben, noch auch nur erheblich geschwächt, da es im täglichen Leben häufig vorkommt, daß über Schuldigkeiten, wenn sie auch nicht auf baaren Zahlungen beruhen, dennoch Schuldscheine ausgestellt werden, in welchen baare Empfänge als Grund der Schuldigkeit bezeichnet sind.

Entsch. des Obertribunals vom 8. Mai 1847 in S. R. c. H.

c) Jede Zahlung enthält ihrer unmittelbaren Wirkung nach die Uebertragung eines Vermögensobjekts von Einem an den Andern, bestehe diese Uebertragung nun in Uebergabe baaren Geldes oder anderer Cirkulationsmittel, oder in Geldeswerth, in Abtretung von Forderungen oder Tilgung von Verbindlichkeiten. Eben wegen dieser verschiedenen möglichen Zahlungsmittel wird es bei der Dokumentirung der Zahlung meistens unterlassen, auszudrücken, in welchen Gegenständen die Zahlung geleistet worden sey, auch wenn eine vorausgehende Verabredung über die Zahlungsmittel stattgefunden haben sollte.

Der Zahlungsempfänger, welcher eine Bescheinigung darüber ausstellt, pflegt hierin nicht auszudrücken, ob er klingende Münze und welche, oder Papiergeld und welches erhalten habe, ja selbst wenn Anweisungen an Zahlungsstatt übergeben werden, wird häufig dieses Zahlungsmittel, zumal wenn die Anweisung sofort einlösbar ist, in der Empfangsbescheinigung nicht ausgedrückt. Hienach kann auch dem Zahlenden nicht zugemuthet werden, daß er die Gegenstände, mittelst welchen die Zahlung geleistet worden, nachweise. Am allerwenigsten kann die Anwendbarkeit dieses Grundsatzes im kaufmännischen Verkehr bezweifelt werden, denn die über die gegenseitigen Forderungen und Schuldigkeiten in den kaufmännischen Büchern unter Soll und Haben eingetragenen Posten tragen schon in sich den genügenden Nachweis über Debitirung und Creditirung und bei einer als Zahlung eingetragenen Summe ist es nicht gerade erforderlich auszudrücken, durch welche Mittel die Zahlung geleistet worden sey.

Entsch. v. 19. April 1862 in S. A. c. R.

63) Eideszuschiebung über die Absicht einer Partei bei einem Vertrage.

Bei einem Vertrage kann der Wille und die Absicht eines Kontrahenten überhaupt nur, wenn er ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen erklärt worden, und auch der erklärte Wille jedes einzelnen Kontrahenten nur insoweit in Betracht kommen, als solcher mit dem erklärten Willen der übrigen Kontrahenten zusammenstimmt. Dasjenige, was der eine Kontrahent bei einer Erklärung für sich gedacht oder beabsichtigt hat, ist somit für die Auslegung eines Vertrags nicht entscheidend. Ist der Sinn und die Bedeutung einer vorliegenden Willenserklärung zweifelhaft, und lassen die Umstände ungewiß, was die Parteien vertragen wollten, so kann daher dieser Sinn nicht durch Eideszuschiebung an die eine Partei über deren Absicht bei dem Vertragsabschlusse festgestellt und darge-

than werden, da selbst wenn feststünde, was diese Partei gewollt hat, immer noch ungewiß bliebe, ob dieß auch in dem Willen der übrigen Kontrahenten lag und somit Gegenstand des Vertrags unter den Parteien war.

Entsch. des Obertribunals vom 15. Mai 1861 in S. St.'sche Erben c. M.'sche Ehefrau.

64) Eideszuschiebung in der höheren Instanz.

Die Eideszuschiebung über Thatsachen, welche schon in der unteren Instanz zum Beweis ausgesetzt worden, ist, wenn sich derselben in der höheren Instanz behufs der Rechtfertigung der Appellationsbeschwerde bedient werden will, an die Nothfrist zur Einführung der Appellation gebunden.[192]

Entsch. des Obertribunals vom 9. April 1861 in S. W. c. Gemeinde D.

65) Eidesabnahme zum ewigen Gedächtniß.

Der Gerichtshof zu Eßlingen hat nach der Mittheilung von Hufnagel[193] am 2. März 1851 die Thesis angenommen, daß ein vom Unterrichter auferlegter Haupteid, wenn gegen das unterrichterliche Urtheil Berufung eingelegt worden, zum ewigen Gedächtniß abgenommen werden könne, falls die Bedingungen eines Beweiseinzugs zum ewigen Gedächtniß vorliegen, und der Eid nach Ansicht des Appellationsrichters schon nach der dermaligen Aktenlage als offenbar irrelevant erscheine. In Uebereinstimmung hiemit schlägt Bolley in seinen Entwürfen und Anträgen §. 1184[194] die Bestimmung vor, daß nicht nur derjenige, welchem die Leistung eines

---

[192] Hufnagel, Mitth. Bd. 2, S. 676. Berner-Schäfer, das Verf. S. 528.

[193] Mitth. Bd. 2, S. 590 f. Nro. 138.

[194] Bd. 1, S. 712. Vergl. dagegen hannöver'sche Proz.-Ord. §. 244.

Eides obliege, auf die unverzügliche Abnahme antragen könne, wenn er von einer mit Gefahr verbundenen Krankheit befallen werde, sondern zu diesem Antrag auch der Gegner berechtigt sey. Dem bestehenden Prozeßrecht ist dieß jedoch nicht gemäß, denn nach den Bestimmungen der §§. 147 und 153 Ziff. II. 1. des IV. Edikts vom 31. Dezember 1818 wird durch die Ergreifung der Berufung gegen ein durch Eid bedingtes Erkenntniß der Regel nach die Vollziehung der Eidesauflage aufgeschoben, und es kann die Eidesabnahme erst erfolgen, wenn ein solches bedingt entscheidendes Erkenntniß rechtskräftig geworden ist. Eine Ausnahme hievon findet nur dann statt, wenn die Appellationsbeschwerde entweder nach der bestimmten Erklärung des Appellanten, oder nach der Natur des vorausgesetzten Eides, — insoferne solcher ein freiwilliger und in keiner Beziehung Etwas dabei streitig geworden, solcher vielmehr von den Delaten unbedingt angenommen worden ist (§. 114 des IV. Edikts), — auf keine Weise gegen die Eidesauflage selbst, sondern nur gegen die Folgerungen aus derselben gerichtet ist, in welchem Falle auch nach Ergreifung eines Rechtsmittels auf den Antrag derjenigen Partei, welcher der Eid aufgetragen worden, solcher noch in der ersten Instanz abgenommen werden kann.[195] Diesen bestimmten gesetzlichen Vor-

---

[195] Berner-Schäfer, das Verf. S. 355 stellt unter Berufung auf eine Entsch. des Obertribunals v. 13. März 1844 den Satz auf, daß das IV. Edikt die ausnahmsweise Abnahme des Eides vor eingetretener Rechtskraft des Erkenntnisses nur bei dem freiwilligen Eid und nur mit Zustimmung des Gegners zulasse. Beides ist jedoch unrichtig. Denn der §. 153, Ziff. II. 1. des IV. Edikts gestattet die Abnahme des nothwendigen Eids in gleicher Weise, wie diejenige des freiwilligen Eids vor Rechtskraft des durch den Eid bedingten Erkenntnisses, sobald feststeht, daß die eingelegte Berufung nicht gegen den Eid selbst, sondern nur gegen die Folgen desselben gerichtet ist, und er gestattet diese Eidesabnahme auf den einseitigen Antrag derjenigen Partei, welcher der Eid auferlegt worden, ohne die Zustimmung des Gegners zu verlangen.

schriften gegenüber können die Grundsätze über Beweis zum ewigen Gedächtniß, welcher übrigens auch nach gemeinem Recht und Gerichtsgebrauch nur bei Zeugen, Sachverständigen, Augenschein und Urkunden, nicht aber bei Eiden zugelassen wird, [196] nicht in Betracht kommen. Der Eid setzt seiner Natur nach eine vorangehende richterliche Prüfung voraus, da es Pflicht des Richters ist, unnöthige Eide möglichst zu verhindern; ob ein Eid unnöthig ist, läßt sich aber, bevor die endliche Entscheidung ergangen, mit Sicherheit nicht voraus bestimmen. Es würde daher der Richter, wenn er genöthigt werden könnte, einen Eid, obgleich gegen solchen appellirt worden, zum ewigen Gedächtniß abzunehmen, in den Fall gebracht werden, einen nach der Endentscheidung vielleicht ganz unnöthigen Eid abnehmen zu müssen, ja er könnte sogar in die ganz unzuträgliche Lage gerathen, durch sein Enderkenntniß die Gegenpartei zum Eide über das direkte Gegentheil von dem zulassen zu müssen, was durch den

---

[196] Bayer, Vortr. (7. Aufl.) S. 450, (8. Aufl.) S. 786. Schmidt, Handb. des gem. d. Civ.-Proz. Bd. 2, S. 159. Anderer Meinung ist Martin, Vorl. über d. gem. bürg. Proz. Bd. 2, S. 283 f., welcher davon ausgeht, daß nach Analogie der cst. 12 Cod. de reb. cred. et jurejur. (4, 1) derjenigen Partei, welcher ein richterlicher Notheid oder ein angetragener oder ein zurückgeschobener Eid, obschon noch nicht rechtskräftig, auferlegt ist, auf ihr ausdrückliches Verlangen nachgelassen werden müsse, denselben gleichsam zum ewigen Gedächtnisse auszuschwören, so jedoch daß die rechtlichen Wirkungen dieser Eidesleistung erst dann und nur dann eintreten, wenn das auf den Eid lautende Erkenntniß in der höheren Instanz keine auf den Eid bezügliche Abänderung erleidet. Auch vom Standpunkte des gemeinen Rechts kann jedoch diese Ansicht nicht für richtig erkannt werden, soferne die Gestattung einer solchen anticipirten Eidesleistung mit den Grundsätzen des kanonischen Rechts, welches überflüssige Eide schlechterdings vermieden wissen will, cap. 2. X. de probat. (2, 19.) sich nicht vereinigen läßt. — Anders war es freilich nach röm. Recht, welches sogar einander entgegengesetzte Eide zuließ. l. 28, §. 10, D. de jurejur. (12, 2.)

zum ewigen Gedächtniß abgelegten Eid beschworen worden [197]

Entsch. des Obertribunals v. 13. März 1844 in S. B. c. R.; vom 11. Mai 1849 in S. W. c. W.; vom 30. Juli 1852 in S. B. c. B.; v. 22. Sept. 1857 in S. M. c. M.'sche Gläub.; v. 11. April 1862 in S. W. c. M.'sche Eheleute.

66) Statthaftigkeit einfacher Beschwerden über prozeßleitende Verfügungen. [198]

Nach feststehender Auslegung des §. 150 des IV. Edikts finden gegen alle und jede Zwischenverfügungen in Civilprozeßsachen einfache Beschwerden in der gesetzlichen Instanzenfolge statt, soferne nur über solche entschieden werden kann, ohne in eine materielle Würdigung der Sache selbst einzugehen, und dadurch der künftigen Endentscheidung des Unterrichters vorzugreifen. [199] Unerheblich ist hiebei der mittelbare Einfluß, den die Verfügung des Oberrichters auf die Sachlage und demnach auf die künftige Endentscheidung des Unterrichters haben kann, vielmehr hängt die Entscheidung der Frage von der Zuläßigkeit der Beschwerde nur davon ab, ob der Oberrichter seiner Seits eine Verfügung treffen kann, ohne die Materie des Rechtsstreites einer Beurtheilung zu unterziehen und durch Aeußerung seiner Ansicht über die Sache selbst der Unabhängigkeit des Unterrichters in Beurtheilung derselben zu nahe zu treten.

Entsch, des Obertribunals v. 13. April 1847, 30. Dez. 1861, 14. Januar 1862 und 5. Mai 1862.

67) Appellationsanmeldung durch den nicht schon zuvor bevollmächtigten bloßen Rechtsfreund einer Partei.

a) Der nicht bevollmächtigte bloße Rechtsfreund, Advokat, Fürsprecher oder Schriftverfasser einer Partei kann

---

[197] Schmidt, a. a. O. Note 29.

[198] Sarwey, Monatschr. Bd. 3, S. 28 ff., Bd. 7, S. 85 ff. Dieses Archiv Bd. 1, S. 51 ff.

[199] Harpprecht in Sarwey's Monatsschr. Bd. 7, S. 92

nach württembergischem Rechte[200] die Appellation für diese ohne besonderen Auftrag hiezu mit rechtlicher Wirkung nicht anmelden. Es ist dieser Satz schon in dem älteren württembergischen Prozeßrechte gegründet; denn das Landrecht bestimmt in Thl. I., Tit. 58, §. 1, 4 u. 5, daß nur die Partei selbst oder für sie ihr vollkommener Anwalt, oder, wie im §. 4 gesagt ist, der Anwalt, durch welchen die Partei in erster Instanz zu Recht erschienen, mit Wirkung solle appelliren können, im Falle aber ein Dritter, ohne habenden einigen Gewalt, appellirt hätte, der Prinzipal schuldig seye, solche interponirte Appellationen bei Verlust derselben innerhalb der Anmeldungsfrist zu ratificiren. Ist hienach nur dem wirklichen Anwalte oder Gewalthaber einer Partei gestattet, für sich und ohne nachgefolgte Genehmigung der Partei die Berufung mit Wirkung für diese anzumelden, so ist damit die Appellation durch den bloßen Rechtsfreund unzweideutig ausgeschlossen, soferne das Landrecht, wie aus Theil I., Tit. 16 und 17 erhellt, unter Anwalt nur den bevollmächtigten Vertreter oder Prokurator einer Partei, im Gegensatz zum bloßen Fürsprecher oder Advokaten versteht, auch der §. 5 cit. ausdrücklich besagt, daß kein, nicht einige Gewalt habender, d. i. nicht Be-

---

[200] Bezüglich des gemeinen Rechts sind hauptsächlich auf den Grund der cst. 14 Cod. de advocatis div. jud. (2,7) anderer Ansicht: **Mevius** in seinen Decis. P. II, Dec. 216. **Berger**, Oecon. jur., p. 932, lib. IV., Tit. 28, §. III. Volley in seinen Entw. u. Anträgen Bd. 2, S. 310, §. 1961, Ziff. 6 schlägt auch für den württ. Prozeß vor, dem nicht bevollmächtigten bisherigen Rechtsfreund der Partei die Anmeldung der Appellation zu gestatten. Dagegen hält Harpprecht in dem Entw. einer bürgerlichen Prozeßordnung für Württ. (1848) S. 272 an dem bisherigen Rechte fest, indem der §. 1193 des Entwurfs besagt, daß die Berufung nur von der Partei oder ihren gesetzlichen Vertretern, oder von ihrem Anwalt oder Prozeßbevollmächtigten oder einem vermutheten Sachwalter, von einer anderen Person aber nur im Falle des urkundlichen Nachweises des hiezu erhaltenen Auftrages angemeldet werden könne.

vollmächtigter, Dritter mit Wirkung apppelliren könne, ohne hiebei den Advokaten, Fürsprecher oder Rechtsfreund auszunehmen. Ebenso gestattet die Hofgerichtsordnung von 1654, Thl. II., Tit. 3, §. 1 und 5—8 die Anmeldung der Appellation nur der Partei selbst oder ihrem bevollmächtigten mit einer Spezial= oder Generalgewalt versehenen Anwalt, (§. 1 und 8) einem Dritten nur, wenn er besonderen Auftrag hiezu von der Partei erhalten oder diese die Anmeldung noch innerhalb der Berufungsfrist genehmigt hat. (§. 5—7.) Von der Zulässigkeit einer Appellationsanmeldung durch den nicht bevollmächtigten Rechtsfreund ist auch hier keine Rede. Das IV. Edikt vom 31. Dezember 1818 hat hieran nichts geändert. Der §. 155 des IV. Edikts bezeichnet drei Klassen von Personen, welche außer der Partei die Appellation für diese ohne Nachweisung eines von dieser ertheilten besonderen Auftrages hiezu mit Wirkung anmelden können, nämlich die wirklichen Stellvertreter, Anwälte oder Bevollmächtigte, welche die Partei bereits in den bisherigen Verhandlungen oder wenigstens bei der Urtheilseröffnung vertreten haben, (§. 155 I. 2. b), die vermutheten Sachwalter derselben (I. 2. c.) nnd die Vormünder, Kuratoren und Kriegsvögte (I. 2. a.) Daß auch den bloßen Rechtsfreunden diese Befugniß eingeräumt seyn solle, ist nirgends erwähnt, und da nach Ziff. I. 2. d. des §. 155 andere als die vorgenannten Personen die Appellation nur im Falle der Vorweisung einer ihnen von der Partei selbst oder deren Stellvertreter ertheilten Vollmacht hiezu sollen giltig anmelden können, so muß dieß auch für den bloßen Rechtsfreund gelten.[201]

Entsch. des Obertribunals vom 14. August 1826 in S. G. c.

---

[201] Berner, das Org.=Edikt S. 83, Ziff. 7. — Berner=Schäfer, das Verfahren in bürgerl. Streitsachen S. 563, 566. Schütz, Civilprozeß S. 421.

B.'sche Erben; vom 29. August 1828 in S. Chr. und Gen. c. Psl.; vom 11. Februar 1851 in S. K. c. B.'sche Gläubiger; vom 18. September 1860 in S. Sch. c. D.

b) Hat daher der bloße Rechtsfreund, Advokat, Fürsprecher oder Schriftverfasser einer Partei die Appellation für solche ohne Vollmacht hiezu angemeldet, so muß die Partei selbst solche und zwar innerhalb der Nothfrist zur Anmeldung der Berufung noch besonders genehmigen, wenn sie nicht des Rechtsmittels verlustig gehen soll. Es ist dieß, wie bereits angeführt, schon im Landrecht Thl. I., Tit. 58, §. 5, und ebenso in der Hofgerichtsordnung von 1654, Thl. II., Tit. 3, §. 6, ausdrücklich ausgesprochen, und dasselbe hat auch das IV. Edikt, §. 155 bestätigt. Denn indem hier gesagt ist, daß eine besondere Genehmigung des Prinzipals innerhalb der Nothfrist von 15 Tagen nur in den zuvor genannten Fällen, wo die Berufung durch den Kriegsvogt, Kurator, Vormund, Vertreter, vermutheten Sachwalter der Partei oder eine mit Vollmacht versehene sonstige dritte Person angemeldet worden, nicht nothwendig seye, ist ebendamit ausgesprochen, daß in dem Falle der Berufungsanmeldung durch einen nicht bevollmächtigten Dritten, insbesondere also auch durch den bloßen Rechtsfreund, die Genehmigung innerhalb der Anmeldungsnothfrist erfordert werde.[202]

Entsch. des Obertribunals vom 14. August 1826 in S. G. c. B.'sche Erben.

c) Ist die Appellation von dem nicht schon zuvor bevollmächtigten Rechtsfreunde einer Partei oder einem sonstigen Dritten im angeblichen besonderen Auftrage der Partei angemeldet worden, so hat diese Anmeldung, nach der von dem Obertribunal wie auch von dem Civilsenate des Gerichtshofs zu Tübingen[203] angenommenen Thesis,

---

[202] Berner, Org.-Edikt S. 83, Ziff. 7.

[203] Laut eines von Hufnagel, Mitth. Bd. 1, S. 171 mitgetheilten Erkenntnisses vom 25. März 1845.

nur dann eine rechtliche Wirkung, wenn entweder sogleich bei der Berufungsanmeldung oder doch noch innerhalb der gesetzlichen Anmeldungsfrist eine schriftliche Vollmacht der Partei dem Gerichte übergeben wird. Eine nur mündliche Auftragsertheilung genügt so wenig, als wenn eine, ob auch vorher ausgestellte schriftliche Vollmacht erst nach Ablauf der Nothfrist vorgelegt wird. Dieser Satz wurde aus Anlaß der Entscheidung des Obertribunals vom 14. August 1826 in S. G. c. B.'sche Erben folgendermaßen begründet: Zwar ist im Allgemeinen in Rechten ein mündlicher Auftrag ebenso wirksam, als ein schriftlicher, allein Handlungen, welche an Nothfristen gebunden sind, dürfen nicht nach dem Maßstab anderer freier Handlungen beurtheilt werden. Was binnen einer Nothfrist vollbracht seyn muß, dieß muß binnen derselben so vollständig und so vollkommen vollzogen werden, daß auch nicht der geringste Mangel in der einen oder in der anderen Rücksicht wahrzunehmen ist. Jeder Defekt zieht den Verlust des Rechts ebenso nach sich, wie wenn gar nichts geschehen wäre. Dieß liegt wesentlich in dem Begriffe der Nothfrist. Wenn daher eine Partei nicht selbst die Berufung anmeldet, sondern durch einen Dritten, der weder wirklicher noch vermutheter Sachwalter ist, anmelden läßt, so ist es wesentlich nothwendig, daß dieser Dritte entweder sogleich oder doch noch im Laufe der Nothfrist eine schriftliche Vollmacht vorzeige, und dadurch noch binnen der Nothfrist den Legitimationspunkt berichtige. Denn so lange die Legitimation nicht hergestellt ist, kann die Appellationsanmeldung als wirklich in Ordnung vollzogen nicht angesehen werden; es fehlt an der Gewißheit, daß die Anmeldung mit Wissen und Willen der Partei geschehen ist. Dieß muß aber dem Begriffe der Nothfrist zu Folge im Laufe derselben außer Zweifel gesetzt seyn, und es gestattet der Begriff der Nothfrist nicht, daß hintennach noch Etwas zur Ergänzung der Handlung nachgeholt werde. Es ist

dieß auch durch die württembergische Gesetzgebung ausdrücklich anerkannt. Denn im IV. Edikt, §. 155 I. 2 d. ist verordnet, daß die von einem Andern eingelegte Appellation nur giltig seye, wenn dieser bei dem Akte der Anmeldung eine, obgleich einfache Vollmacht vorweist, womit ausgesprochen ist, daß ein schriftliches Mandat vorgezeigt werden muß. In gleichem Sinne verordnet das IV. Edikt, a. a. O., in Uebereinstimmung mit dem Landrecht Thl. I., Tit. 58, §. 5, und der Hofgerichtsordnung von 1654, Thl. II., Tit. 3, §. 6, daß, wenn es an einer solchen Vollmacht ermangle, diesem Mangel nur dadurch abgeholfen werden könne, daß der Prinzipal die eingelegte Appellation noch binnen des Laufs der Nothfrist genehmige. Eine nach verflossener Nothfrist erfolgte Genehmigung hat keine Wirkung, und es kann daher folgerichtig auch ein Beweis über den ertheilten Auftrag zur Appellation nach dem Ablauf der Nothfrist nicht mit Erfolg nachgeholt werden. —

An dieser Ansicht hat das Obertribunal auch inzwischen festgehalten, indem dasselbe z. B. am 11. Febr 1851 in S. K. c. B.'sche Gläubiger und am 18. September 1860 in S. Sch. c. O. aussprach, daß ein bloßer Rechtsfreund, wie jeder Dritte für eine Partei nur dann giltig appelliren könne, wenn er eine schriftliche Vollmacht hiezu von der Partei selbst oder ihrem Stellvertreter vorweise, und ebenso am 12. Februar 1858 aus Anlaß der Entscheidung der At.-S. M. c. M. in Pleno ausgesprochen wurde, daß der die Appellation anmeldende Dritte sich innerhalb der ersten Nothfrist über den Auftrag hiezu ausweisen müsse. Demgemäß ist dasjenige, was Schäfer[204] bezüglich der Ansicht des Obertribunals bemerkt, zu berichtigen.[205]

---

[204] Berner-Schäfer, das Verf. in bürgerl. Streit.-S. S. 567.

[205] Bezüglich des Falls, wenn der bisherige Anwalt einer Partei nach Ablauf der Nothfrist, aber innerhalb der der Partei selbst

Hufnagel[206] und mit ihm der ungenannte Verfasser einer Anzeige der Hufnagel'schen Mittheilungen in Sarwey's Monatsschrift,[207] ferner Schäfer[208] haben die Richtigkeit der Ansicht des Obertribunals bezweifelt. Nun wird zwar in der Hofgerichtsordnung von 1654 Thl. II., Tit. 3, §. 7 auch ein mündlicher Auftrag zur Appellationsanmeldung, wenn solcher durch genugsame Kundschaft beigebracht und erwiesen wird, für kräftig und genügend erklärt, und eine ausdrückliche Bestimmung, daß der Beweis innerhalb der Nothfrist geführt werden müsse, ist in der Hofgerichtsordnung nicht enthalten. Allein für letzteres spricht der schon erwähnte Umstand, daß nach §. 6 die Genehmigung der Appellationsanmeldung eines nicht bevollmächtigten Dritten Seitens der Partei selbst innerhalb der Nothfrist nicht nur erfolgen, sondern auch bewiesen werden muß, eine Bestimmung, welche das IV. Edikt wiederholt hat, und warum bezüglich des Beweises dieser Genehmigung etwas Anderes als bezüglich des Beweises der Auftragsertheilung gelten sollte, ist nicht einzusehen. Der Grund der Bestimmung bezüglich des Beweises der Genehmigung der von einem Dritten ohne Vollmacht angemeldeten Apellation innerhalb der Nothfrist kann nur seyn, daß dem Begriffe der Nothfrist gemäß die Absicht der Partei, zu appelliren, sowie die Erklärung dieser Absicht während des Laufs der zur Anmeldung der Appellation gegebenen Nothfrist außer Zweifel gestellt seyn muß, und dieser Grund spricht in gleicher Weise für die Forderung des Beweises der Auftragsertheilung zur Appellationsanmeldung an einen Dritten innerhalb der Anmeldungsnothfrist, da erst mit der Erbringung dieses Beweises über die Absicht der Partei zu

---

zur Anmeldung der Berufung laufenden Frist im besonderen Auftrag der Partei die Appellation anzeigt, vergleiche die nächste Nummer.

[206] Mitth. Bd. 1, S. 172, 173.

[207] Bd. 13, S. 460.

[208] Berner-Schäfer a. a. O., S. 566, 567.

appelliren Gewißheit erbracht ist. Sodann ist jedenfalls der Wortlaut der fraglichen Bestimmung des IV. Edikts für die Ansicht des Obertribunals, da, wenn der Gesetzgeber auch einen mündlichen Auftrag hätte zulassen wollen, derselbe von Vorweisung einer Vollmacht nicht wohl hätte sprechen können. Endlich aber empfiehlt sich der Grundsatz des Obertribunals durch seine Zweckmäßigkeit, indem dadurch viele mit dem Begriffe und Zwecke der Nothfrist unverträgliche Weiterungen und Zweifel abgeschnitten werden. Es wird daher aller Grund für die Gerichte vorhanden seyn, an der bisherigen Thesis auch fernerhin festzuhalten.

68) Dokumentirung der nach Verfluß der ersten Nothfrist aus besonderem Auftrage einer Partei durch deren bisherigen Anwalt oder Procurator erfolgenden Appellationsanmeldung.

a) Nach der Bestimmung des Landrechts Thl. I, Tit. 58, §. 6, welche in §. 155 des IV. Edikts ausdrücklich bestätigt worden ist, kann die Partei, wenn das Urtheil ihrem Anwalt eröffnet worden, noch innerhalb der Frist von 15 Tagen von dem Zeitpunkte an, wo sie selbst den Inhalt des Urtheils erfährt, die Appellation entweder selbst oder durch einen Anderen, seye es durch ihren bisherigen Anwalt oder einen hiezu besonders beauftragten Dritten, anzeigen. Von der Partei selbst muß aber in jedem Falle diese Anzeige ausgehen, und es hat daher auch der bisherige Anwalt, wenn durch ihn die nachträgliche Berufungsanzeige erfolgt, über den ihm von der Partei selbst innerhalb der gedachten Frist hiezu besonders ertheilten Auftrag sich auszuweisen.[209]

Verfügung des Obertribunals vom 15. März 1831 und vom 27. Juni 1833.

---

[209] Berner, Org.-Edikt S. 83, Note 8 und S. 416, 417. Berner-Schäfer, das Verfahren in bürgerl. Streit.-S. S. 568, 569.

b) Dagegen ist es in diesem Falle nach den von dem Obertribunal angenommenen und auch von dem Gerichtshof zu Tübingen[210] befolgten Grundsätzen nicht wesentlich nothwendig, daß der von der Partei ihrem bisherigen Anwalte innerhalb der Frist besonders ertheilte Auftrag während des Laufs der Frist auch nachgewiesen werde.[211] Das Landrecht a. a. O. gestattet der Partei, wenn das Urtheil ihrem Sachwalter eröffnet worden, noch innerhalb einer von ihrer eigenen Kenntniß des ergangenen Urtheils an zu berechnenden Frist selbst oder durch einen Anderen zu appelliren, ohne dabei die Wirksamkeit einer solchen Appellation da, wo sie durch einen Andern angemeldet wird, von weiteren, als den sonst geltenden Bestimmungen abhängig zu machen. Diese aber bestehen nach dem Gesetze nur darin, daß ein Dritter, welcher die Partei bisher nicht vertreten, mit der Apellationsanmeldung für die letztere eine Vollmacht vorweist, während der bisherige Vertreter in Folge und auf den Grund der ihm erheilten Vollmacht die Appellation ohne Weiteres, und ohne daß seine Partei solches innerhalb der Nothfrist zu genehmigen hat, giltig anmelden kann. Zwar kommt hiebei weiter in Betracht, daß das Gesetz, indem es der Partei selbst noch eine weitere Frist zur Appellationsanzeige nachläßt, diese offenbar von der eigenen Thätigkeit der Partei insoweit abhängig macht, daß in einem solchen Falle die bloße Anzeige ihres seitherigen Vertreters an und für sich allein nicht genügen kann. Allein dieß kann nur die Folge haben, daß der letztere sich dabei auf eine derartige Thätigkeit seiner Partei, auf

---

[210] Nach einer von Berner-Schäfer a. a. O. S. 569 mitgetheilten Entscheidung vom 26. Nov. 1858. Dagegen hat sich der Gerichtshof zu Ellwangen in einer Entsch. v. 27. Oktober/11. Nov. 1856 für die strengere Ansicht ausgesprochen.

[211] Wohl aber wenn ein nicht zuvor bevollmächtigter Dritter im angeblichen besonderen Auftrage der Partei die Appellation nachträglich anmeldet. Vergl. die vorige Nummer.

einen speziellen Auftrag berufen muß und daß nöthigenfalls weiterer Beweis darüber einzuziehen ist; keineswegs läßt sich aber daraus, so lange das Gesetz solches nicht ausdrücklich vorschreibt, ableiten, daß die Wirksamkeit einer derartigen Anzeige überhaupt davon abhänge, daß ein solcher Nachweis schon innerhalb der der Partei zur Appellationsanzeige nachgelassenen besonderen Frist erbracht werde.[212]

Entsch. des Obertribunals v. 7. April 1858 in S. M. c. M.

69) Zuläßigkeit der Berufung, wenn die Partei von den ihrem Anwalt eröffneten Urtheil erster Instanz erst Kenntniß erhält, nachdem in Folge der Anrufung der Gegenpartei auch in zweiter Instanz ein Erkenntniß ergangen ist.

Nach §. 155 des IV. Edikts ist einer Partei, wenn das Urtheil ihrem bevollmächtigten Anwalt eröffnet[213] und von diesem Berufung dagegen nicht eingelegt worden ist, gestattet, innerhalb 15 Tagen von der Zeit an, wo sie selbst Kenntniß von dem Inhalt des Urtheils erhalten, selbst noch zu appelliren. Dieß muß auch dann gelten, wenn die Partei von dem Urtheil erst Kenntniß erhält, nachdem in Folge der Berufung der Gegenpartei gegen das erstinstanzliche Urtheil auch in zweiter Instanz ein Erkenntniß ergangen ist. Denn durch den Eintritt dieses ungewöhnlichen Falls kann die Partei in keine schlimmere Lage versetzt werden, als wenn sie die Kenntniß von dem Urtheil erster Instanz früher, vor dem Aus-

---

[212] Fraglich dürfte es übrigens doch seyn, ob nicht ein konsequentes Festhalten an dem in der Entscheidung des Obertribunals v. 14. Aug. 1826 (in der vorigen Nummer lit. c.) ausgesprochenen Grundsatze auf das entgegengesetzte Resultat führen müßte, und ein innerer Grund zu einer verschiedenartigen Behandlung der in dieser und der vorherigen Nummer erörterten Fälle scheint jedenfalls nicht vorhanden zu seyn.

[213] Dieses Archiv Bd. 2, S. 390 ff.

spruch des Urtheils zweiter Instanz erhalten hätte, und es ist nicht abzusehen, wie sie dadurch der ihr gemäß dem §. 155 selbst noch zustehenden Berufung und der Geltendmachung ihrer Beschwerde hätte verlustig werden können, daß ihr die Kunde von dem in erster Instanz ergangenen Urtheil erst nach Eröffnung desjenigen der zweiten Instanz zugekommen. Daß die nachträgliche Berufung gegen das Urtheil erster Instanz zu einer Aenderung des auf die Appellation der Gegenpartei ergangenen zweitinstanzlichen Urtheils führen kann, steht der Statthaftigkeit jener Berufung nicht entgegen. Uebrigens versteht es sich von selbst, daß die Partei, welche von ihrem Recht der nachträglichen Berufung Gebrauch machen will, solche innerhalb 15 Tagen von da an, wo sie von dem Erkenntnisse erster Instanz Kunde erhalten, dem Richter erster Instanz anzeigen und innerhalb 90 Tagen von demselben Zeitpunkte ihrer Kenntnißnahme an[214] ihre Beschwerde bei dem Richter zweiter Instanz ausführen muß.

Entsch. des Obertribunals vom 1. April 1862 in S. H.'sche Erben u. Gen. c. R. u. G.

70) Bei der Frage von der Appellabilität kommt der Einfluß des Urtheils auf das Rechtsverhältniß des Appellanten zu dritten Personen regelmäßig nicht in Betracht.

Bei der für das Vorhandenseyn der appellablen Summe entscheidenden Berechnung des Werths des Beschwerdegegenstandes ist der Regel nach nur derjenige Betrag zu berücksichtigen, worüber zwischen den in dem vorliegenden Rechtsstreit aufgetretenen Parteien durch das angefochtene Urtheil entschieden worden, da nur zwischen diesen Rechtskraft bewirkt wird, während es auf das sonstige Interesse einer Partei bei dem Ausgang des Rechtsstreits gegenüber von dritten Personen, welche an dem Rechtsstreit keinen Theil genommen, nicht an-

[214] Dieses Archiv Bd. 4, S. 199 f. Nr. 8.

kommt. Der Umstand, daß dasselbe Rechtsverhältniß, welches Gegenstand eines anhängigen Rechtsstreits ist, in gleicher Weise, wie zwischen den jetzt streitenden Parteien, zwischen dem Appellanten und einem Dritten besteht, kommt bei der Frage von der Appellabilität nur in den Fällen des Appellationsgesetzes vom 6. April 1843 in Betracht, während abgesehen hievon darauf, daß eine Entscheidung für künftige ähnliche Streitigkeiten als Vorgang zu dienen geeignet ist, die Appellabilität nicht gegründet werden kann. Dieß gilt selbst dann, wenn die in demselben Rechtsverhältniß mit einer Partei stehenden dritten Personen sich gegen jene ausdrücklich verbindlich gemacht haben, die in dem anhängigen Rechtsstreit ergehende Entscheidung auch gegen sich gelten zu lassen, da diese Wirkung des Urtheils ihren Grund nicht in letzterem selbst hat, sondern auf dem in Mitte liegenden Vertrag beruht, während bei Berechnung der Beschwerdesumme nur diejenigen den Appellanten beschwerenden Folgen des Urtheils in Betracht kommen, bezüglich deren durch dieses Rechtskraft bewirkt werden kann.

Auch der Umstand, daß das zwischen dem Appellanten und dritten Personen bestehende Rechtsverhältniß für jenen ermöglicht hätte, als Kläger die letzteren in Einer Klage zugleich mit dem Beklagten zu belangen, oder als Beklagter von denselben in einer gemeinschaftlichen Klage belangt zu werden, bewirkt nicht, daß die Ansprüche der oder gegen diejenigen Betheiligten, welche an dem Rechtsstreit keinen Theil genommen, zu Begründung der Appellabilität in diesem Rechtsstreit herbeigezogen werden dürfen. Denn wenn auch die Ansprüche mehrerer Streitgenossen, beziehungsweise die Forderungen gegen solche nach den bestehenden Grundsätzen behufs der Herstellung der Appellationssumme zusammengerechnet werden,[215] so findet dieser

---

[215] Berner-Schäfer, das Verf. S. 547.

Satz in einem Falle keine Anwendung, wo zwar das Rechtsverhältniß der Art ist, daß mehrere Berechtigte oder Verpflichtete als Streitgenossen hätten klagen oder beklagt werden können, dieß aber nicht geschehen ist. Denn eine Streitgenossenschaft, welche zu jener Zusammenrechnung berechtigt, ist nur vorhanden, wenn die mehreren Betheiligten in demselben Prozesse als Kläger oder Beklagte zusammenhandeln, nicht aber wenn ein solches Zusammenhandeln nur an sich möglich gewesen wäre, in Wirklichkeit aber nicht stattgefunden hat.

Dasselbe ist der Fall, wenn der Appellant aus demselben Rechtsgrunde und Rechtsverhältnisse mehrere Beklagte, welche er in Einer Klage hätte belangen können, gleichzeitig in abgesonderten Klagen belangt hat, und er mit solchen je durch besonderes Urtheil abgewiesen worden, oder wenn er von mehreren Klägern, welche als Streitgenossen mit einer gemeinsamen Klage gegen ihn hätten auftreten können, mit abgesonderten Klagen verfolgt und in abgesonderten Erkenntnissen verurtheilt worden ist. Auch in diesem Falle liegt eine Streitgenossenschaft, welche eine Zusammenrechnung begründen würde, nicht vor, und der zufällige Umstand, daß der Appellant die gleichartigen Ansprüche gegen die mehreren Beklagten gleichzeitg gerichtlich verfolgt, oder die gleichartigen Ansprüche, wie gegen ihn, auch gegen mitbetheiligte Dritte zu gleicher Zeit vor Gericht erhoben worden sind, kann einen Grund nicht abgeben, die in den getrennten Prozessen eingeklagten Streitsummen zum Behuf der Berechnung der Appellationssumme für jeden einzelnen Streit zusammen zu rechnen.[216]

Entsch. des Obertribunals vom 22. Okt. 1844 in S. L. c. L. N.; vom 20. April 1855 in S. Stiftungsrath N. c. K.; v. 4. Juli 1855 in S. Sch. c. M.; v. 5. Sept. 1857 in S. O. c. St.; v. 12. Januar 1861 in S. H. c. H.

---

216 Die in Seuffert's Archiv Bd. 11, Nr. 314 mitgetheilte Entscheidung des Obertribunals v. 11. Febr. 1857 steht dem oben im Text

71) Eine Zusammenrechnung der Haupt- und Neben-Ansprüche behufs der Herstellung der Appellationssumme findet nicht statt.

Wie im IV. Edikt §. 152 und in der prov. Verordnung vom 22. Sept. 1819 §. 13, Ziff. III., Abs. 2, so ist auch in dem Appellabilitäts-Gesetze vom 6. April 1843 bei Bestimmung der Appellationssumme der Ausdruck „Hauptsumme der Beschwerde" gebraucht. Schon der Ausdruck „Hauptsumme" spricht nun dafür, daß die Forderungen, welche im Verhältniß zu derselben Accessionen sind, nicht hinzugerechnet werden dürfen. Zwar ist beigefügt, mit „Ausschluß der Zinse und Kosten" unter welch' letzteren allerdings wohl nur Prozeßkosten verstanden werden können, und es ist hieraus schon gefolgert worden, daß nur diese nicht auch andere Nebenforderungen ausgeschlossen seyen. Allein ein solcher Schluß ist deßhalb nicht gerechtfertigt, weil eine entgegengesetzte Behandlung der anderen Nebenforderungen, namentlich der Früchte sich nicht erklären ließe. Es kommt aber weiter in Betracht, daß in dem Landrecht Thl. I., Tit. 59, Tit. 70, §. 8 und in der Hofgerichtsordnung

---

aufgestellten und in mehreren Entscheidungen zur Anwendung gebrachten Satze nicht entgegen. Denn in jener Entscheidung wurde angenommen, daß zwischen den einzelnen Beklagten in den verschiedenen Prozessen eine wahre Streitgenossenschaft bestehe, da die gegen sie erhobenen Ansprüche nicht nur Theile einer und derselben Darlehensforderung waren, hinsichtlich welcher die Bekl. als gemeinschaftlich verpflichtet in Anspruch genommen worden, sondern auch ursprünglich eine gemeinschaftliche Klage gegen sämmtliche Beklagte gerichtet worden, und eine spätere Trennung nur aus Rücksichten der Zweckmäßigkeit erfolgt war. Aus diesen Gründen, und weil es lediglich als eine Sache der Form betrachtet wurde, daß die Entscheidung nicht in Einem auf sämmtliche Beklagte sich erstreckenden gemeinschaftlichen Urtheil, sondern je in abgesonderten Entscheidungen, gleichzeitig ausgesprochen worden, wurden die Beschwerdesummen in allen den fraglichen Prozessen, sofern sie nur als Theile eines und desselben Rechtsstreites sich darstellen, zur Herstellung der Berufungssumme zusammengerechnet.

Thl. II., Tit. 2, §. 6 in Betreff der Appellationssumme bestimmt ist, daß die „Hauptsach" sie erreichen müsse, und daß wegen dieses Ausdrucks angenommen wurde, daß auch das Interesse nicht eingerechnet werden dürfe.[217] Im Hinblick hierauf muß angenommen werden, daß mit dem lediglich aus dem IV. Edikt in das Appellabilitätsgesetz wieder aufgenommenen Beisatz „mit Ausschluß der Zinse und Kosten" nur eine Erläuterung des Worts „Hauptsumme" der Beschwerde durch Anführung von Nebenforderungen, welche den Gegensatz bilden, gegeben werden wollte, daß hiezu Zinsen und Kosten als die am häufigsten vorkommenden Nebenforderungen gewählt worden sind, daß aber damit der Gegensatz selbst nicht erschöpfend bestimmt werden wollte.[218] Demgemäß wurde von dem Obertribunal schon in einer Entscheidung vom 26. Juli 1828 ausgesprochen, daß Früchte zu Begründung der Appellabilität nicht zur Hauptsumme geschlagen werden dürfen,[219] und ebenso wurde den 3. Okt. 1838 in S. K. c. W., den 13. Okt. 1840 in S. K. c. M., den 7. Dez. 1847 in S. H. c. A. und den 10. Okt. 1862 in S. F. c. W. ausgesprochen, daß bei der redhibitorischen Klage, wenn neben dem Kaufschilling die Füt-

---

[217] So wird von Schöpff, Proc. app. p. 189, unter Anführung eines Urtheils vom 19. Sept. 1712 und weiterer württembergischer Schriftsteller, angenommen, daß Interesse und Zinsen behufs Herstellung der Appellationssumme nicht eingerechnet werden dürfen, und derselben Ansicht ist Hofmann, über die von dem Herz. württ. Hofgericht eingeführte Appellationssumme §. 24. Beide berufen sich zugleich auf die Bestimmungen der Reichsgesetze und die Kameralschriftsteller, insbesondere aber auf die Praxis des Reichshofraths.

[218] Auch in dem Berichte der Kommission der K. d. A. über den Entwurf des Appellabilitätsgesetzes wird von der fraglichen Bestimmung in einer Weise gesprochen, welche auf diese Auffassung schließen läßt. Verh. der K. d. A. v. 1841/3 Bd. 16, Beil.-Heft 1, Abth. 3, S. 899.

[219] Schütz, Civilprozeß S. 412. Berner, Organisationsedikt S. 77. Ziff. 4. Berner-Schäfer, das Verfahren S. 543.

terungskosten des redhibirten Thiers ersetzt verlangt werden, letztere mit dem Kaufschilling zum Behufe der Herstellung der Appellationssumme nicht zusammengerechnet werden dürfen.[220]

72) Nachweis der Appellationssumme durch den Betrag der Prozeßkosten im Fall der Kompensation derselben.

Nach §. 152 letzter Absatz des IV. Edikts ist eine Sache appellabel, wenn auch nur die nach dem angefochtenen Erkenntniß von dem Appellanten zu tragenden Prozeßkosten die zur Statthaftigkeit der Berufung erforderliche Summe erreichen.[221] So weit es sich hiebei um Kosten des Rechtsanwaltes einer Partei handelt, so kommen diese nur insoweit in Betracht, als sie gerichtlich dekretirt sind, so weit es sich aber um eigene Kosten der Partei handelt, kann eine außergerichtliche Dekretur nicht erfolgen, weil es an einer Taxe für die eigenen Bemühungen einer Partei fehlt, und werden solche Kosten von dem Gegner bestritten, so

---

[220] In den Entscheidungsgründen zu dem Erk. v. 14. April 1860 in S. Sch. c. K. wurde zwar eine Bemerkung niedergelegt, bei welcher von der Zulässigkeit der Zusammenrechnung ausgegangen worden zu seyn scheint, allein es wurde die Entscheidung auf fragliche Bemerkung nicht gegründet. Bei zwei weiteren Entscheidungen vom 15. Sept. 1860 in S. M. c. S. und vom 25. Juni 1862 in S. E. c. D. wurde die Frage umgangen, bei der oben angeführten Entscheidung vom 10. Okt. 1862 aber wieder in Uebereinstimmung mit der alten Praxis die Unzulässigkeit der Zusammenrechnung ausgesprochen.

[221] Daß das Vorhandenseyn der Apellabilität im Kostenpunkte auch die Apellabilität der an sich der Summe nach nicht apellablen Hauptsache nach sich ziehe, ist eine von dem Obertribunal längst angenommene und auch in neuerer Zeit beharrte Thesis. Sarwey, Monatsschr. Bd. 4, S. 283 ff. Berner, das Org.-Edikt, S. 77, Ziff. 6. Berner-Schäfer, das Verf. S. 542. Entsch. des Obertribunals in Pleno vom 15. Januar 1856 in S. K. c. M.; vom 16. Dez. 1857 in S. St. F. V. c. Sch.; vom 7. Juni 1861 in S. St. c. M.; vom 6. Mai 1862 in S. L. c. M.

kann deren Feststellung nur im ordentlichen Rechtswege erfolgen. Die Möglichkeit einer solchen Feststellung im Rechtswege ist jedoch nur gegeben, wenn der Gegner zu Bezahlung der Kosten verurtheilt ist, während im Falle der Vergleichung der Kosten in Ermanglung eines auf Ersatz gerichteten Klagrechts der Rechtsweg nicht betreten werden kann. Wird daher in einem Falle, wo die Kosten verglichen worden sind, die Appellabilität auf den Betrag der eigenen Kosten der appellirenden Partei gegründet, so muß bei Berechnung der Appellationssumme der Kostenbetrag gerade so zu Grunde gelegt werden, wie er von dem Appellanten spezifizirt wird, indem der Richter der Appellationsinstanz keine Prüfung und Ermäßigung derselben vornehmen kann, überdieß aber schon im Allgemeinen der Grundsatz gilt, daß bei der Prüfung der Berufungssumme die Forderung des Appellanten maßgebend ist, ohne daß deren Würdigung vorgegriffen werden kann, und zudem ein Fall von der vorliegenden Art demjenigen gleich zu behandeln ist, in welchem nur über den Bestand der Verbindlichkeit im Allgemeinen erkannt, die Entscheidung über die Größe der Forderung aber dem besonderen Verfahren vorbehalten wird. Ist in solchen Fällen der letzteren Art der Appellant von dem Unterrichter mit seiner Klage abgewiesen worden, und kann er somit, ähnlich wie in dem obigen Falle, denselben wegen der Feststellung der Größe seiner Forderung selbstverständlich gar nicht anrufen, so bemißt sich nach einem stets befolgten Grundsatze die Berufungssumme lediglich nach der von dem Appellanten berechneten Größe seiner Forderung und es wird von dem Richter höherer Instanz hiebei nicht untersucht, ob diese Berechnung auch wirklich begründet sey. In gleicher Weise muß es in obigem Falle gehalten werden.

Entsch. des Obertribunals vom 20. Juni 1862 in S. Pfl. c. Pfl.

73) Zusammenrechnung verschiedener aus unehelicher Schwängerung hergeleiteten Ansprüche behufs der Herstellung der Appellationssumme.

Nach konstantem Gerichtsgebrauch des Obertribunals findet eine Zusammenrechnung der verschiedenen, aus unehelicher Schwängerung hergeleiteten Ansprüche, insbesondere der Ersatzforderung für die Kosten der Taufe und des Wochenbetts mit der Alimentenforderung für das Kind Behufs der Herstellung der appellablen Summe alsdann statt, wenn es sich zugleich von der für diese sämmtlichen Ansprüche präjudiziellen Frage der Vaterschaft handelt, sonach bei allen diesen Ansprüchen die Entscheidung auf dem Beweise ihres gemeinschaftlichen Klagefundaments, nämlich auf dem Beweise der bestrittenen Thatfrage beruht, ob in der kritischen Zeit ein fleischlicher Umgang der Klägerin mit dem Beklagten stattgefunden habe.

Entsch. des Obertribunals vom 24. Dez. 1860 in S. L. c. M.

74) Appellationssumme. Schätzbarkeit des Streitgegenstandes.

In einem Rechtsstreit über das Eigenthum einer unter dem Wohnhause des Klägers befindlichen Kellerabtheilung, wovon der Beklagte das Eigenthum, eventuell ein mit seinem benachbarten Hause verbundenes dingliches Recht der ausschließlichen Benützung angesprochen hatte, war der Streitgegenstand von dem Richter zweiter Instanz denjenigen Sachen beigezählt worden, welche ihrer Natur nach eine Schätzung nicht wohl zulassen. Als eine Quote des gesammten Hauswerths lasse sich der Werth nicht bestimmen, weil bei der qualitativen Verschiedenheit eines Kellers und der übrigen Bestandtheile eines Hauses ein plausibler Theilungsmaßstab kaum denkbar seye; die Kosten der Herrichtung eines ähnlichen Kellers können für die Taxation nicht entscheiden, weil hiebei die bestehenden Miteigenthumsverhältnisse und die eigenthüm-

lichen Vortheile oder Nachtheile der durch den Zusammenhang mit dem Hause bedingten Lokalität ignorirt würde; der gemeine Verkaufswerth aber könne nicht maßgebend seyn, da hiebei die mannigfachen Interessen der Parteien an dem Besitze des Kellers, welche nicht wohl zu Geld sich anschlagen lassen, unbeachtet bleiben. — Diese Ansicht wurde von dem Obertribunal nicht für richtig erkannt. Denn, sagen die Motive, die von dem Gerichtshof geltend gemachten Gründe beweisen mehr nicht, als daß der absolute und relative Werth des Streitgegenstandes ein verschiedener seyn kann, je nachdem er von dem Standpunkte des einen oder des andern der beiden streitenden Hauseigenthümer oder im Allgemeinen irgend welcher dritten etwaigen Kaufsliebhaber und abgesehen von seiner Bedeutung als Zubehörde eines bestimmten Hauses bemessen werde, und daß bei der Werthsbemessung nicht nach einseitigen Rücksichten verfahren werden dürfe, sondern alle Momente, welche darauf Einfluß haben können, mit der nöthigen Umsicht zu beachten seyen. Indessen ist es eine in Städten, wie auf dem Lande ganz gewöhnliche Erscheinung, daß Gebäude, sey es nach aliquoten Theilen, oder nach einzelnen in ungleichartiger Weise ausgeschiedenen Gelassen unter verschiedene Besitzer getheilt sind, namentlich kommt es häufig vor, daß Räumlichkeiten für ökonomische Zwecke, wie Magazine, Stallungen, Keller ꝛc. eines Hauses abgesondert von den übrigen Haustheilen von dritten Personen besessen werden. Derartige Hausantheile haben daher auch im Verkehrsleben nicht minder ihre laufenden Preise und ihre bestimmbaren Werthe, wie ganze Gebäude, und es fehlt nicht an Anhaltspunkten, wonach der erfahrene Sachverständige bei umsichtiger Beachtung der konkreten Verhältnisse des einzelnen Falls in den Stand gesetzt ist, den Werth solcher Räumlichkeiten, beziehungsweise den relativen Werth eines Hauses, je nachdem gewisse Einrichtungen oder Bequemlichkeiten, sey es im Innern des Hau-

ses oder in der Nachbarschaft, dazu gehören oder nicht, mit derjenigen Sicherheit festzustellen, welche bei Schätzungen überhaupt möglich ist [222]

Entsch. des Obertribunals vom 8. Febr. 1862 in S. H. c. R.

75) Zum Begriffe der Gleichförmigkeit der Erkenntnisse.

a) Das Obertribunal hat nach vorgängiger Berathung in voller Versammlung am 23. Januar 1856 den Grundsatz angenommen, daß bei der Frage über die Zulässigkeit der Berufung hinsichtlich der Hauptforderung, soferne dieselbe von dem Daseyn der Berufungssumme abhängt, die beiden vorigen Erkenntnisse, soweit sie den Kostenpunkt betreffen, nicht in Betracht kommen, und daß daher die Gleichförmigkeit oder Ungleichförmigkeit der beiden vorigen Erkenntnisse nur, soweit sich die Entscheidungen auf die Hauptforderung beziehen, zu berücksichtigen ist. [223] Was hier vom Kostenpunkte gesagt ist, gilt in derselben Weise vom Zinsenpunkt, und es sind daher zwei Erkenntnisse, wenn dasjenige der ersten Instanz nur im Zinsenpunkte durch das zweitinstanzliche Erkenntniß abgeändert, bezüglich der Hauptsache aber bestätigt worden ist, bei der Frage von der Appellabilität bezüglich der Hauptforderung nicht als ungleichförmige zu betrachten. Denn bei der Frage nach der Gleichförmigkeit der Erkenntnisse können nur diejenigen Punkte in Betracht kommen, durch deren Werthbetrag allein die zur Oberberufung erforderliche Summe gebildet werden kann, und dieß ist bei der Berufung hinsichtlich der

---

[222] Bei dem von dem Obertribunal eingeleiteten Schätzungsverfahren wurde die Thunlichkeit einer Schätzung je von dem Standpunkte des einen oder des anderen der streitenden Theile auch von den Sachverständigen in keiner Weise beanstandet.

[223] Berner-Schäfer, das Verf. in bürgerl. Streitsachen S. 59. Tafel, Civ.-Rechtsspr. Bd. 2, S. 371 f.

Hauptforderung nur diese mit Ausschluß der Zinsen wie der Kosten.

Entsch. des Obertribunals vom 7. Juni 1861 in S. St. c. S.

b) Wenn das Erkenntniß zweiter Instanz für den Appellanten günstiger ist, als dasjenige der ersten Instanz, so sind diese Erkenntnisse nach den von dem Obertribunal bisher befolgten Grundsätzen bei der Appellabilitätsfrage wie gleichförmige zu betrachten, und es muß daher die Summe der für den Appellanten übrig bleibenden Beschwerde, weil solche schon im Erkenntniß erster Instanz gelegen war, den Betrag von 500 fl. erreichen. Dieß gilt insbesondere auch dann, wenn der Appellant vor dem ersten Richter ganz und unbedingt unterlegen, durch den zweiten Richter aber sein Unterliegen noch von einem Eid abhängig gemacht worden ist.

Entsch. des Obertribunals vom 16. Okt. 1861 in S. Krß. c. K.

76) Ist im Kostenpunkte reformatio in pejus zulässig?

Wenn gegen ein auf Kostenkompensation lautendes Urtheil nur die in der Hauptsache unterlegene Partei appellirt hat, von der in der Hauptsache obsiegenden Partei aber gegen die in der Kostenvergleichung enthaltene Zuscheidung der von ihr aufgewendeten Kosten keine Beschwerde (weder im Wege der Appellation noch der Adhäsion) erhoben worden ist, so ist in Folge dessen die unterrichterliche Entscheidung in letzterer Beziehung, also soweit die obsiegende Partei zu Tragung ihrer eigenen Kosten verurtheilt worden, rechtskräftig geworden, und daher der Oberrichter zu einer Abänderung dieses Theils des Erkenntnisses zu Gunsten der appellatischen Partei nicht befugt.[224]

Entsch. des Obertribunals vom 28. April/26. Juni 1858 in S. Sch. c. Wittwe P.

---

[224] Anders nach römischem Rechte, welches der in der Hauptsache obsiegenden und nur durch die Kostenkompensation beschwerten Partei eine

77) Restitution gegen Versäumnisse eines bevollmächtigten Rechtsanwalts im Verfahren vor den Bezirksgerichten.

In der am 15. Dezember 1860 oberstrichterlich entschiedenen Rt.-S. Sch. c. M. wurde die Frage, ob die Nachlässigkeit des bevollmächtigten Anwalts der für sich selbst schuldlosen Partei im bezirksgerichtlichen Verfahren einen gerechten Restitutionsgrund bilde, von dem Obertribunal in voller Versammlung bejaht, während das betreffende Bezirksgericht und der Gerichtshof zu Tübingen sie verneint hatten. Es wird von Interesse seyn, wenn in Folgendem die Begründung der beiden sich entgegenstehenden Ansichten mitgetheilt wird. In den Gründen des Gerichtshofs zu dessen Erkenntniß vom 30. Oktober 1857 wurde dießfalls ausgeführt:

---

selbstständige Berufung versagt, dagegen aber dem Oberrichter das Recht einräumt, das Urtheil im Kostenpunkte von Amtswegen zum Vortheil des Apellaten abzuändern. **cst. 10 Cod. Quando provocare non necesse.** (7,64.) Linde, Handb. über die Lehre von den Rechtsmitteln Bd. 1, S. 310 f. Schmid, Handb. des gem. Civilprozesses Thl. 1, S. 204, 205. Gensler, Comm. zu Martin's Lehrbuch (Ausg. von Morstadt) Bd. 2, S. 120. Das württ. Recht gestattet, abweichend hievon, auch der in der Hauptsache obsiegenden Partei die Ergreifung der Berufung wegen der Vergleichung der Kosten, wenn der Betrag derselben die Berufungssumme erreicht. Ist letzteres nicht der Fall, so ist die selbstständige Berufung im Kostenpunkte ausgeschlossen, woraus von selbst folgt, daß die dießfällige Entscheidung rechtskräftig wird, da es sonst keinen vernünftigen Sinn hätte, die Berufung im Kostenpunkte von dem Vorhandenseyn der apellablen Summe abhängig zu machen. Es kann daher, abgesehen von dem Falle der Adhäsion, eine Abänderung im Kostenpunkte zum Vortheil des Appellaten nicht erfolgen. Die bayerische Gerichtsordnung Kap. XVII., §. 4, Nr. 4 schließt sich mehr an das römische Recht an, indem sie zwar dem nur durch die Kostenkompensation beschwerten Theile das Rechtsmittel in diesem Betreffe nicht abschneidet, dagegen aber dem Oberrichter, an welchen die Sache durch die Berufung des Gegentheils gelangt ist, auch eine Abänderung im Kostenpunkte zu Gunsten des Appellaten gestattet. Seuffert, Blätter für Rechtsanw. Bd. 11, S. 321 ff.

I. Die württembergischen Gesetze entscheiden die Frage nicht. Die Bestimmung des §. 76, Abs. 5 des IV. Edikts redet nicht von dem Verhältnisse der Partei zu ihrem Bevollmächtigten, welcher statt ihrer handelt, sondern von ihrer Beziehung zu einem Advokaten oder Fürsprecher, welcher neben ihr handelt, und indem sie eine Restitution ausschließt, wenn die Partei aus dem Grunde der Verhinderung ihres Advokaten ihrer Obliegenheit zum persönlichen Erscheinen nicht nachkommt, bezeichnet sie als den Grund hievon deutlich genug nicht die Schuld des Advokaten, sondern die eigene Schuld der Partei. Grund und Gegenstand dieser Bestimmung haben daher mit der vorliegenden Klage nichts gemein. Näheren Bezug hieher hat die Verordnung des Generalreskripts vom 21. Oktober 1739, die Abkürzung des gerichtlichen Verfahrens, besonders beim Hofgerichte betreffend. In Punkt 3 desselben (vergl. mit Punkt 9) wird nämlich ausgesprochen, daß Rechtsnachtheile, auch wenn durch Schuld des Anwalts verwirkt, unbedingt zu vollstrecken, und die Parteien auf den Regreß an den Anwalt zu verweisen seyen. Jedoch war diese Vorschrift nach Punkt 10 gedachten Generalreskripts zunächst nur für das Hofgericht und die Obergerichte des Landes gemeint, so daß für das Verfahren der niederen Gerichte und der heutigen Oberamtsgerichte hieraus eine unmittelbare Richtschnur nicht genommen werden kann. Nicht anders ist die Vorschrift der provisorischen Verordnung vom 22. September 1819, §. 11, Ziff. VIII., wonach zwar Versäumnisse der bei den Gerichtshöfen angestellten Prokuratoren, nicht aber diejenigen eines anderen Rechtsfreunds für die Parteien ein Recht auf Restitution begründen sollen, zunächst nur auf das Verfahren vor den höheren Gerichten berechnet. Immerhin ist aus diesen Bestimmungen die Neigung der partikularen Gesetzgebung zur Strenge in dieser Restitutionsertheilung zu entnehmen, und die Vermuthung liegt in der Natur der Sache, daß die für das Verfahren vor

den höheren Gerichten geltenden gesetzlichen Grundsätze nicht ohne Rückwirkung auf die Praxis der Untergerichte geblieben seyen. Die nächste gesetzliche Quelle für diese bietet indessen das gemeine Recht.

II. Das gemeine Recht hält an dem Grundsatze fest, daß die Restitution als außerordentliches Hilfsmittel überall da nicht zu verwilligen sey, wo dem Verletzten ein ordentliches Rechtsmittel, seines Schadens sich zu erholen, zur Seite stehe. l. 16 pr. D. de min. (4,4) l. 12 D. eod. Ein solches ordentliches Rechtsmittel ist die Regreßklage gegen den nachlässigen Anwalt. Die bloße größere Bequemlichkeit und leichtere Durchführbarkeit des Restitutionsmittels ist kein gesetzlicher Grund, von der Verweisung des Verletzten an das ihm zustehende ordentliche Rechtsmittel abzugehen. cst. 13, §. 11, Cod. de judic. (3,1). l. 1, §. 1, Cod. de pluspet. (3,10). l. 8, §. 1, D. mandati (17,1). Somit muß bei Nachlässigkeit des Anwalts wegen der hier zustehenden Regreßklage der Rechtsbehelf der Wiedereinsetzung dem Gegner gegenüber ausgeschlossen seyn. Bestätigt wird dieser Satz durch zwei gesetzliche Spezialbestimmungen in cst. 10, Cod. de procur. (2,13) und l. 39 D. ex quib. caus. maj. (4,6), während die l. 8, D. de in int. rest. (4,1) und l. 26, §. 9, D. ex quib. causis (4,6) singuläre und keiner Ausdehnung fähige Ausnahmsfälle enthalten, [225] wie denn von jeher die herrschende Ansicht der Rechtslehrer dahin ging, daß wegen Nachlässigkeit des Anwalts die Partei kein Restitutionsrecht habe, sondern auf die Regreßklage gegen ihren säumigen Mandatar zu verweisen seye.

III. Seitdem die Majorität des Reichkammergerichts im Jahr 1786, hauptsächlich aus Zweckmäßigkeitsgründen, sich für die Zulassung der fraglichen Restitution ausgesprochen, [226] hat allerdings, und obwohl diesem reichs-

---

[225] Vangerow, Leitf. (7. Aufl.) Bd. 1, S. 329. Sintenis Civ.-Recht Bd. 1, S. 386, Note 97.

[226] Emminghaus, corp. jur. germ. S. 586 ff.

gesetzlich nicht bestätigten dubium camerale Gesetzeskraft nicht zukommt,[227] nach dem beinahe einstimmigen Zeugnisse der Prozeßrechtslehrer[228] die Praxis der Gerichte Deutschlands, wo sie keinen partikulargesetzlichen Abhaltungsgrund hatte, eine Wendung dahin genommen, den Boden der Gesetze zu verlassen. Allein eine solche den Gesetzen widersprechende Praxis hat für den Richter eine maßgebende Bedeutung nicht anzusprechen, es wäre denn, sie trüge die Merkmale eines förmlichen Gewohnheitsrechts. Schwer möchte es nun seyn, zu entscheiden, ob die Praxis der Gerichte solcher Länder, welche dießfalls der Einwirkung gemeinrechtlicher Rechtsbildung ungehindert offen stehen, einen damit übereinstimmenden und gleichförmigen Gang einhielt, wie er zur Bildung von Gewohnheitsrecht erfordert werden muß, indem entgegengesetzte Entscheidungen nicht fehlen, und die Annahme einer allgemeinen Praxis mehr auf bloßen, ohne Zweifel meist nachgesprochenen Behauptungen der Schriftsteller, als auf bekannten Entscheidungen der Gerichte beruht.[229] Jedenfalls ist für das württembergische Recht die Existenz eines solchen Gewohnheitsrechts zu verneinen. Denn die höheren Gerichte sind, was ihr eigenes Verfahren betrifft, an der Aufnahme einer solchen Gewohnheit partikulargesetzlich gehindert, theils durch die Vorschriften des Generalreskripts vom 21. Oktober 1739 und vom 14. August 1770, sowie den §. 11 der provisorischen Verordnung, theils durch den Grundsatz, daß gegen württembergisches Recht kein Gewohnheitsrecht zulässig ist. Es müßte also in Beschränkung auf das oberamtsgerichtliche Verfahren ein solches Gewohnheitsrecht entstanden seyn. Wie aber für die Bildung von Gewohnheitsrecht durch gleichförmige

---

[227] Archiv für civ. Pr. Bd. 4, S. 110. Danz, Grundsätze des Reichskammerger.-Proz. §. 75, 76.

[228] Siehe jedoch hiegegen Kori im Archiv für civ. Pr. Bd. 5, S. 399.

[229] Vergl. übrigens Seuffert, Archiv Bd. 6, Nr. 296.

richterliche Entscheidungen hauptsächlich die Praxis der Obergerichte maßgebend ist, indem sie eine Gemeinsamkeit von Entscheidungen anbahnt, und das Bewußtseyn dieser Gemeinsamkeit vermittelt, und es daher schon von dieser Seite schwierig ist, daß ein Gewohnheitsrecht speziell für das unterrichterliche Verfahren sich begründe, so weiß insbesondere auch der Gerichtshof ein solches Gewohnheitsrecht nicht zu bestätigen.

Von dem Obertribunal[230] wurde die entgegengesetzte Ansicht folgendermaßen begründet: Ohne Grund wird sich für die Verneinung der Frage auf §. 76, Abs. 2 des IV. Edikts berufen. Denn diese Gesetzesstelle bestimmt nur, daß wenn eine Partei, welche zu einer mündlichen Verhandlung geladen ist und gemäß gesetzlicher Vorschrift persönlich erscheinen muß,[231] (§. 72, 73 des IV. Edikts und §. 12, 13 der Justiznovelle vom 15. Sept. 1822) nicht erscheint, sondern den Termin deßhalb versäumt, weil der von ihr beigezogene, neben ihr handelnde Advokat zu erscheinen verhindert war, diese Verhinderung ihres Advokaten für sie keinen Grund zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand abgeben solle. Diese Bestimmung des IV. Edikts hat offenbar darin ihren Grund, daß die Partei durch die Verhinderung ihres Rechtsfreundes nicht abgehalten ist, selbst zu erscheinen und über den ihr selbst am besten bekannten Sachverhalt Rede und Antwort zu geben, mithin ihr Nichterscheinen ihre eigene Schuld ist, kann aber nicht von einem Falle gelten, wo es sich um die Befolgung einer richterlichen Auflage durch den von der Partei als deren Vertreter bestellten Rechtsanwalt handelt.

Die Bestimmung in §. 11, Ziff. 8 der provisorischen

---

[230] Die Gründe des Obertribunals finden sich auch in Tafel, Civilrechtsspr. Bd. 4, S. 260 ff.

[231] Vergl. hierüber meine Ausführung in Bd. 2 dieses Archivs S. 377 ff.

Verordnung vom 22. September 1819, wonach nur gegen Versäumnisse der bei den höheren Gerichten aufgestellten Prokuratoren restituirt wird, nicht aber, wenn dieselben „einem andern Rechtsfreunde" zur Last fallen, bezieht sich, wie die ganze provisorische Verordnung nur auf das Verfahren der Obergerichte, und da dieselbe sowohl in Ansehung der öffentlichen Rechtsanwälte, welche den Parteien wegen ihrer Versäumnisse haften, als in Ansehung der letzteren, die sich lediglich nur bei ihren Anwälten schadlos halten können, unläugbar eine nicht unbedeutende Strenge in sich schließt, so kann es nicht gestattet seyn, eine solche strenge Vorschrift ohne Weiteres auch auf das Verfahren vor den Oberamtsgerichten auszudehnen. Eine solche Ausdehnung läge aber in der Anwendung jener Bestimmung der provisorischen Verordnung auf dieses Verfahren, da es in Ansehung des letzteren an einem gleichen Ausspruche des Gesetzes fehlt; es kann eine derartige analoge Anwendung umsoweniger Platz greifen, als die fragliche Bestimmung Allem nach auf einem besonderen Grunde, auf dem Gedanken beruht, es sey zweckmäßig, daß die Procuratoren vor den höheren Gerichten allein handeln und neben ihnen nicht auch noch andere Rechtsanwälte thätig seyen.

Ganz dasselbe müßte von den hieher bezüglichen Bestimmungen des Generalrescripts vom 21. Oktober 1709 gelten, wenn sich dieselben je noch bei dem Hofgerichte und vor Einführung der provisorischen Verordnung in Geltung erhalten haben sollten; denn auch jenes Reskript war, wie es ausdrücklich sagt, blos für das Hofgericht und die Obergerichte des Landes bestimmt.

Was aber das gemeine Recht betrifft, so kommt in Anbetracht, daß die dießfälligen Bestimmungen des römischen Rechts in cst. 10. Cod. (2, 13) und l. 39 D. (4, 6), neben welchen Stellen indessen auch eine andere, der milderen Behandlung sich zuneigende vorkommt (l. 26 §. 9,

D. (4, 6),[232] darin ihren Grund haben, daß die Parteien die Wahl eines weniger zuverläsigen Anwalts sich selbst, ihrem eigenen Mangel an Umsicht, beizumessen haben, während sie bei öffentlich aufgestellten und autorisirten Rechtsanwälten weit eher auf deren Pünktlichkeit &c. zu rechnen berechtigt seyen. Es hat sich daher nach der fast durchaus übereinstimmenden Ansicht und Darstellung der Schriftsteller,[233] hauptsächlich in Anlehnung an den Beschluß des Reichskammergerichts vom 19. Mai 1786 nach und nach die Ansicht gebildet, daß die Parteien, welche nicht selbst eine Schuld trifft, gegen die Versäumnisse der öffentlichen Rechtsanwälte in den vorigen Stand wieder einzusetzen und nicht einmal ihre vorgängige Ausklagung auf Schadenersatz nöthig sey. Und was insbesondere die bei uns in Württemberg befolgten Grundsätze anbelangt, so ergibt sich aus dem bekannten Gemeinbescheide des Obertribunals vom 27. Juli 1825, betreffend die Wiedereinsetzung gegen die durch die Schuld der Procuratoren und der Rechtsanwälte versäumten Appellationsnothfristen, daß das Obertribunal damals hauptsächlich davon ausgegangen ist, daß nach den vor Einführung der provisorischen Verordnung vom 22. September 1819 befolgten Grundsätzen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

---

[232] Savigny, System Bd. 7, S. 176—178.

[233] Bayer, Vorträge (8. Aufl.) S. 341 ff. Linde, Lehrb. §. 138, S. 178. Gönner, Handb. des gem. Proz. Bd. 1, S. 479—488. Schmid, Civilprozeß S. 267. Osterloh, Civilprozeß S. 496. Heffter, Lehrb. des Prozesses S. 223. Danz, Grunds. des ordentl. Prozesses S. 122, Note 1. Grolmann, Theorie S. 81. Wetzell, Syst. S. 53. Gensler, im civ. Archiv Bd. 4, S. 115—117. Martin, Lehrb. §. 82. Derselbe, Vorlesungen Bd. 1, S. 449 ff. Sarwey, Monatschr Bd. 1, S. 518, 519. Dessen Civil-Praktikum Einl. S. 50. Scheurlen, Civilprozeß S. 411, Note 10. Schütz, Civilprozeß S. 215. Reinhardt, Civ.-Prozeß Bd. 1, S. 133. Reyscher, Württ. P.-R. Bd. 1, §. 165, N. 6. Berner-Schäfer, das Verf. S. 231.

gegen Versäumnisse der Advokaten, mochten sie zugleich Prokuratoren seyn oder nicht, namentlich gegen die Versäumung einer Nothfrist als begründet angenommen worden sey. Dieß hat damals das Obertribunal als etwas „Unzweifelhaftes und Bekanntes" vorausgesetzt,[234] und ist somit nach diesem Zeugnisse aus jener früheren Zeit die Annahme begründet, daß diese Grundsätze zur Anwendung gekommen sind, wovon jetzt abzuweichen keine Gründe vorliegen.

78) Arrestverfügung eines ausländischen Richters. Statutenkollision.

Wenn ein ausländischer Richter die Forderung eines Inländers zu Gunsten eines Dritten mit Arrest belegt hat, und es wird diese Arrestverfügung bei einem württembergischen Gerichte, vor welchem der arrestirte Schuldner seinem Gläubiger Recht zu geben hat, von jenem dem letzteren als Einrede gegen die auf Zahlung der Forderung gerichtete Klage entgegengehalten, so hat der württembergische Richter vom Standpunkte seiner Gesetzgebung aus zu entscheiden, ob der ausländische Richter zur Arrestverfügung zuständig gewesen ist. Denn wenn es sich auch nicht von Vollstreckung einer ausländischen Verfügung handelt, so handelt es sich doch darum, ob der inländische Richter solche als zu Recht bestehend zu respektiren und seiner Entscheidung zu unterstellen habe und es begründet keinen Unterschied, ob auf den Grund eines ausländischen Erkenntnisses ein inländischer Schuldner zur Zahlung angehalten oder ein inländischer Gläubiger mit seiner Forderung weggewiesen werden soll.[235]

Entsch. des Obertribunals vom 6. Nov. 1861 in S. d. württ. Zuckerfabr.-Ges. c. die M. A. Feuerversf.-Gesellschaft.

---

[234] Sarwey, Monatschr. Bd. 1, S. 518 ff. Scheurlen, der bürgerl. Prozeß S. 411, N. 18.

[235] Jurisdiktionsverträge mit Bayern und Baden §. 2, 3. Wächter, Württ. Priv.-R. Bd. 2, S. 81.

79) Wirkung der Einwilligung des Gläubigers in die Sistirung der Exekution bis zu einer gewissen Zeit, keine Borgfrist.

In der nach Ablauf der Zahlungsfrist ertheilten Einwilligung des Gläubigers in die Sistirung der Exekution bis zu einer bestimmten Zeit liegt nicht eine Anborgung der Forderung und ein Aufgeben der durch die Ertheilung des Zahlungsbefehls und den Ablauf der Zahlungsfrist erworbenen Rechte, sondern nur die Gewährung eines Aufschubs der Exekution. Eine so beschränkte Stundung ist nach dem Gesetze zulässig, ohne daß dadurch die Wirkungen der Ertheilung und des Ablaufs der Zahlungsfrist aufgehoben werden.[236] Schon die bekannte Absicht des Gesetzgebers bei Erlassung des Gesetzes vom 13. November 1855, die Rechtshilfe wegen unbestrittener Forderungen rascher zu gestalten und von möglichen Weiterungen und Ausflüchten der Schuldner unabhängiger zu machen,[237] spricht gegen eine hievon abweichende Auslegung des Gesetzes, bei welcher es dem Gläubiger unmöglich wäre, ohne Nachtheil für sich noch im Laufe des Exekutivverfahrens Rücksichten gegen den Schuldner eintreten zu lassen, und aus den Verhandlungen

---

[236] Anders bei Ertheilung einer wirklichen Borgfrist. Denn wenn der Gläubiger nach Ertheilung des Zahlungstermins weitere Borgfrist gestattet, so ist keine fällige Schuld mehr vorhanden, und es kann demzufolge solche auch nicht mehr exequirt werden, woraus von selbst folgt, daß der Zahlungsbefehl durch die Borgfristertheilung seine rechtliche Wirksamkeit verliert, und der Gläubiger, wenn der Schuldner die verwilligte Zahlungsfrist nicht einhält, einen neuen Zahlungsbefehl auswirken muß. Entsch. des Obertribunals v. 8. Mai 1848 in S. F. und G. c. H. und vom 15. März 1862 in S. Sch. u. L. c. Sp. Vergl. auch Sarwey, Monatschrift Bd. 2, S. 120. Bd. 10, S. 252, Bd. 11, S. 271. Neuffer, Zeitschr. Bd. 1, S. 374 ff.

[237] Verh. d. K. d. A. von 1854/5. I Beil. Bd. I Abth. S. 126, 127, 309—313. Verh. d. K. d. St. von 1854/5. IV. Beil. Bd. S. 156 ff.

der Kammer der Abgeordneten [238] ergibt sich, daß die vorliegende Frage dort zur Sprache gekommen ist, und der Berichterstatter der Kommission, wie der Vertreter der Staatsregierung, ohne Widerspruch von irgend einer Seite zu erfahren, sich für die Zulässigkeit eines Aufschubs der Exekution ausgesprochen haben. Läuft daher die von dem Gläubiger bewilligte Frist ab, ohne daß seine Befriedigung durch den Schuldner erfolgt, so hat jener ein Recht darauf, daß mit dem Ablauf der bewilligten Stundung die Exekution sofort vorgenommen wird.

Entsch. des Obertribunals vom 14. Juni 1861 in S. S. c. E.

80) Ein dritter Aufstreich ist bei dem Exekutionsverkaufe eines Grundstücks auch im Falle der Beibringung eines besseren Käufers gesetzlich nur statthaft, wenn bei dem ersten Aufstreich kein Angebot erzielt worden.

Nach Art. 22 und 23 der Exekutionsnovelle vom 13. November 1855 soll, wenn ein Grundstück im Exe-

---

[238] Verh. d. K. d. A. v. 1854/5. I Prot. Bd. S. 301, 302. Berichterstatter Probst: „ich wurde gefragt, wie es zu halten, wenn eine Borgfrist gegeben wird, ob Art. 4 auch soweit wirke, daß nach Ablauf der Frist die Exekutionsbehörde von selbst mit der Exekution weiter machen müsse. Ich möchte einen Unterschied machen; wenn von dem Gläubiger ausdrücklich gesagt wird, er gebe nur eine bestimmte kurze Frist, so liegt darin, daß nach Ablauf derselben die Behörde mit der Exekution fortmachen solle, und sie wird dieß auch thun müssen. Wenn dagegen von Seiten des Gläubigers eine Borgfrist im Allgemeinen ertheilt wird, so hat die Behörde keinen Anhaltspunkt dafür und sie hat dann erst auf neues Anrufen zu beginnen. Uebrigens wäre es von Interesse zu erfahren, ob der Herr Minister dieser Ansicht beipflichte." Justizminister: „Allerdings. Indessen möchte ich diesen Fall nicht sowohl als eine Borgfrist, denn als eine positive Concession dahin betrachten, daß die eigentlich jetzt begründete Exekution erst in 14 Tagen Statt finden solle und da macht sich die Wirkung von selbst. Daß aber eine unbestimmte Borgfrist die Wirkung haben muß, daß die Behörde nicht mehr thätig zu seyn hat, versteht sich von selbst."

kutionswege verkauft wird, ein zweiter Aufstreich nur im Falle der Beibringung eines besseren Käufers stattfinden und bei dessen Ergebnisse es sodann sein Verbleiben haben Nur dann, wenn bei dem ersten Aufstreich gar kein Angebot erzielt worden, soll nach Art. 24 schon von Amtswegen eine zweite Aufstreichsverhandlung eingeleitet, und im Falle der Beibringung eines besseren Käufers ein dritter, übrigens beschränkter Aufstreich vorgenommen werden. Hienach ist, wenn bei dem ersten Aufstreich ein Angebot erfolgt ist, der zweite Aufstreich unbedingt der letzte, und nur wenn der erste Aufstreich resultatlos geblieben und die von Amtswegen vorzunehmende zweite Aufstreichsverhandlung der Wirkung nach somit eigentlich die erste ist, gestattet der Art. 24 die Vornahme eines weiteren beschränkten Aufstreichs zwischen den besseren Käufern und Demjenigen, welcher im zweiten Aufstreich das höchste Angebot gemacht hat. Die Art. 22 und 23 reden von dem Falle, wo beim ersten Aufstreich ein Angebot erfolgt, der Art. 24 von dem Falle, wo dieß nicht geschehen ist, und daß der Abs. 2 des Art. 24 nur den Fall der im Abs. 1 gedachten, nach vergeblichem ersten Aufstreiche von Amtswegen vorgenommenen zweiten Aufstreichsverhandlung im Auge hat, geht schon aus den Worten des zweiten Absatzes: „Wird nach diesem zweiten Aufstreich" hervor. Könnte aber je ein Zweifel noch bestehen, so wird solcher durch die Kammerverhandlungen vollständig beseitigt. Der Entwurf unseres Gesetzes wollte regelmäßig nur eine Aufstreichsverhandlung und eine zweite nur dann zulassen, wenn bei der ersten gar kein Angebot erfolge. (Art. 13 des Entwurfs). Für den Fall eines bei der ersten Aufstreichsverhandlung erfolgten Angebots wollte den Gläubigern und dem Schuldner nur noch das Recht der Beibringung eines besseren Käufers eingeräumt werden (Art. 12 und 14 des Entwurfs), und wenn ein Angebot erst bei der zweiten Aufstreichsverhandlung erfolgte, sollte dieses Recht sogar nur noch dem Schuldner

zustehen (Art. 14 des Entwurfs). Blieb auch der zweite Aufstreich ohne Erfolg, so sollten die Gläubiger berechtigt seyn, das Gut um einen gewissen Preis zu übernehmen, der Schuldner aber im Falle eines solchen Erbietens jetzt noch das Recht haben, einen besseren Käufer beizubringen (Art. 15 des Entw.) [219] Die Justizgesetzgebungskommission der Kammer der Abgeordneten war hiemit nicht einverstanden. Die Kommission gab zu, daß den Aufstreichsverhandlungen eine engere Grenze als bisher gesetzt werden müsse, allein sie hielt die Beschränkung auf Einen Aufstreich nicht für gerechtfertigt. Sie stimmte zu, daß an dem Ergebnisse des ersten Aufstreichs nichts geändert werden solle, wenn nicht die Gläubiger oder der Schuldner einen besseren Käufer beigebracht haben; allein seye dieß der Fall, so wäre das Mindeste, was noch zu geschehen hätte, um das Interesse des Schuldners und der Gläubiger zu wahren und zugleich von dem ersten Aufstreich keinen Kaufslustigen abzuhalten, daß nunmehr noch ein auf den oder die beigebrachten besseren Käufer und den Käufer bei der früheren Versteigerung beschränkter Aufstreich stattfinde. Allein auch eine solche Beschränkung seye im Allgemeinen nicht gerechtfertigt; denn die Möglichkeit, daß im einzelnen Falle ein Aufstreich sich als unnöthig und damit eine Belästigung der Behörde und Verzögerung der Rechtshilfe herausstelle, seye in einem Falle, wo es sich nur von Einer weiteren Versteigerung handle, eine untergeordnete Rücksicht gegenüber der Möglichkeit, daß durch einen zweiten Aufstreich erst im einzelnen Falle der höchstmögliche Erlös erzielt werde. Dagegen, wird in dem Bericht fortgefahren, erscheine jene Rücksicht allerdings überwiegend, wenn eine Aufstreichsverhandlung bereits vergeblich stattgefunden habe, und nun von Amtswegen eine zweite Versteigerung einzuleiten

[219] Verh. d. K. der Abg. von 1854/55. 1. Beil.-Heft S. 125.

sey. Nach dieser halte die Kommission für angemessen, auch wenn ein besserer Käufer noch beigebracht worden, blos den oben erwähnten beschränkten Aufstreich noch zuzulassen.[240] Klarer hätte sich die Kommission nicht aussprechen können, daß ein wiederholter öffentlicher Aufstreich stattfinden solle, wenn entweder der erste Aufstreich vergeblich gewesen oder nach dem ersten Aufstreich ein besserer Käufer beigebracht worden, die Vornahme eines beschränkten Aufstreichs aber dann eintreten solle, wenn der erste Aufstreich vergeblich gewesen und erst nach dem sofort von Amtswegen vorzunehmenden zweiten Aufstreich ein besserer Käufer beigebracht worden. Daß ein dritter beschränkter Aufstreich auch dann zugelassen werden solle, wenn schon zwei Aufstreiche mit Erfolg vorgenommen worden, davon war nirgends die Rede. Die Kommission schlug demgemäß an die Stelle der Art. 12—16 des Entwurfes die jetzt als Art. 21—26 in das Gesetz aufgenommenen Artikel vor, von denen der Art. 15 der Art. 24 des Gesetzes geworden ist.[241] Die Kammer nahm den Art. 15 (jetzt 24) nach dem Antrag der Kommission unverändert an, ohne daß unsere Frage zur besonderen Erörterung kam; doch wurde aus anderem Anlaß von verschiedenen Seiten anerkannt, daß der Art. 15 (jetzt 24) lediglich von dem Falle handle, wenn der erste Aufstreich vergeblich gewesen.[242] Auch ist noch zu bemerken, daß nach dem ursprünglichen Antrage der Kommission der zweite Absatz des Art. 24 (15 des Entwurfs) beginnen sollte: „Wird nach dem zweiten Aufstreiche."[243] Bei Berathung der abweichenden Beschlüsse der Kammer der Standesherren

---

[240] Verh. d. K. d. Abg. von 1854/55. 1. Beil.-Heft S. 319.
[241] Ebendas. S. 319, 320.
[242] Verh. d. K. d. A. v. 1854/55. Bd. 1, S. 273.
[243] Verh. d. K. d. A. von 1854/55. 1. Beil.-Heft S. 320.

trug aber der Berichterstatter der Justizgesetzgebungskommission der Kammer der Abgeordneten vor, daß die Kommission zu Art. 15 die Gelegenheit ergriffen habe, eine kleine Fassungsänderung anzubringen, nämlich im Eingang des zweiten Absatzes zu sagen statt: „nach dem zweiten Aufstreich“ — „nach diesem zweiten Aufstreich“, weil im Entwurf von zwei Fällen des zweiten Aufstreichs die Rede seye, und diese Fassung wurde von der Kammer adoptirt.[244] Hieraus erhellt, daß das Wort „diesem“ gerade aus dem Grunde gewählt wurde, um dem Mißverständniß zu begegnen, als ob die Bestimmung des Abs. 2 des Art. 24 sich auch auf den Fall des Art. 23 beziehe. Die Kammer der Standesherren ist in dieser Beziehung der zweiten Kammer beigetreten und der Art. 24 ganz in dem Sinne, wie er von der Kommission der zweiten Kammer beantragt worden, zur Verabschiedung gekommen.

Entscheidung des Obertribunals vom 23. Juni 1858 in der Beschwerdesache des K.'schen Gläubigerausschusses.

81) Die für den Exekutionsverkauf gegebenen Vorschriften sind nicht absolut zwingende.

Bis zum Erscheinen des Gesetzes vom 13. November 1855, betreffend einige Abänderungen und Ergänzungen des Exekutionsgesetzes und des Pfandgesetzes war es ein in der Doktrin und Praxis unbestrittener Satz, daß die für den Güterverkauf im Exekutions- und Konkurswege gegebenen gesetzlichen Vorschriften von den Betheiligten abgeändert werden können, zu deren Gunsten und in deren Interesse sie gegeben sind. Bolley und Weishaar stimmen hierin überein,[245] und vielleicht in der Mehrzahl der Exekutions- und Gantverkäufe wurde dieser Satz

---

[244] Verh. d. K. d. A. v. 1854/55. Bd. 3, S. 2064.

[245] Bolley, Comm. Bd. 2, S. 964, 965. Weishaar, württ. Privatrecht Bd. 2, §. 623.

ohne Anfechtung zur Anwendung gebracht. Auch das Obertribunal hat bezüglich der für den Exekutions- und Gantverkauf durch das Gesetz vorgeschriebenen Förmlichkeiten stets angenommen, daß von denjenigen, in deren Interesse sie festgesetzt sind, giltig darauf verzichtet werden könne, und es hat sich das Obertribunal in dieser Weise z. B. bei der Entscheidung vom 13. Juni 1853 in S. M. c. M. und E. und vom 5. Mai 1835 in S. W. c. W. ausgesprochen. Es ist dieß auch der Natur der Sache entsprechend; die betreffenden Vorschriften bezwecken die möglichst rasche und vollständige Befriedigung der Gläubiger neben thunlichem Schutze des Schuldners, beziehungsweise werden dadurch die Rechte der Gläubiger unter sich und gegenüber von dem Schuldner geregelt. Es sind somit die Vorschriften in dem beiderseitigen Interesse der Gläubiger und des Schuldners zu deren beider Gunsten gegeben, und da auf ein Recht jederzeit verzichtet werden kann, so liegt, wenn sämmtliche Gläubiger und der Schuldner darüber einig sind, daß ihre Rechte bei dem Verkauf, bei welchem außer ihnen gar Niemand betheiligt ist, in anderer, als der in dem Gesetze vorgesehenen Weise gewahrt werden, kein innerer Grund vor, einer solchen Uebereinkunft die rechtliche Wirkung zu versagen. Ebensowenig ist ein äußerer Grund vorhanden; das Exekutionsgesetz vom 15. April 1825 stellt, wie Bolley sagt, nur die in Ermanglung einer dießfälligen Uebereinkunft der Betheiligten eintretende Regel auf, und gibt der Exekutionsbehörde die erforderlichen Vorschriften, von welchen sie ohne Einwilligung der Betheiligten nicht abgehen darf, schließt aber ein anderweitiges Uebereinkommen der Betheiligten nicht aus. Dieß gilt auch von der Exekutionsnovelle vom 13. November 1855. Aus Anlaß der Entscheidung einer an das Obertribunal gebrachten Beschwerde in der K.'schen Gantsache am 23. Juni 1858 wurde zwar geltend gemacht, daß durch das gedachte Gesetz, abweichend von den bis dahin in anerkannter Uebung

gewesenen Grundsätzen, unbedingt zwingende Vorschriften für den Verkauf im Exekutions- oder Konkurswege gegeben worden seyen, und daß daher insbesondere auch im Falle der Uebereinstimmung der sämmtlichen Gläubiger und des Schuldners kein weiterer Aufstreich zulässig seye, als das Gesetz für statthaft erkläre. Allein ein ausdrückliches Verbot einer vertragsmäßigen Abänderung der gesetzlich bestimmten Förmlichkeiten des Exekutionsverkaufs enthält die Exekutionsnovelle so wenig, als das Exekutionsgesetz, und ebenso ist die Frage der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einer dießfälligen Uebereinkunft weder in den sehr kurzen und wenig eingehenden Motiven erwähnt, noch in den Kammerverhandlungen zur Sprache gekommen. Das Gesetz gedenkt des Falles, wo alle Betheiligte von vornherein über eine Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften einig geworden sind, nicht, dasselbe normirt nur die Rechte der Gläubiger und des Schuldners gegen einander, indem dasselbe insbesondere die Fälle bestimmt, in welchen die mit Verlust bedrohten Gläubiger oder der Schuldner ein Recht auf einen weiteren Aufstreich oder Nachgebot haben sollen, und diese einzelnen Gläubiger wie der Schuldner können für sich natürlich nur unter den im Gesetze bestimmten Umständen weiteren Aufstreich oder Annahme eines Nachgebots verlangen. Denn ihnen gegenüber stehen diejenigen Gläubiger, welche schon bei dem bisherigen Ergebnisse des Verkaufs Befriedigung erhalten; diese haben ein Recht auf Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften, welche ja gerade in ihrem Interesse und zu ihren Gunsten gegeben sind, und ohne ihre Einwilligung in eine Abweichung von jenen Vorschriften muß es bei solchen sein Bewenden haben. Hieraus folgt aber nicht, daß die Vorschriften auch für den Fall, wo alle Betheiligten, die gesammte Gläubigerschaft und der Schuldner, unter sich einig sind, gegen deren Willen und Absicht zur Anwendung zu kommen bestimmt sind. Allerdings war bei dem Regierungs-

entwurf das Streben möglichster Abkürzung und Beschleunigung des Verfahrens offenbar ein Hauptmotiv, und die vorherrschende Tendenz der Regierung, die Raschheit der Rechtspflege über Alles zu stellen; der Gedanke, es habe die Regierung aus diesem Grunde unbedingt zwingende Vorschriften geben und jede vertragsmäßige Abweichung hievon ausschließen wollen, liegt daher nicht zu ferne. Allein eine ausdrückliche und unzweideutige Manifestation einer solchen Absicht Seitens der Regierung ist nicht erfolgt, und es ließe sich in der That nicht erklären, warum die Regierung jene Absicht, wenn sie solche wirklich gehabt, mit dürren Worten auszusprechen unterlassen haben sollte, da ihr nicht unbekannt seyn konnte, daß die Praxis bis dahin gerade von der entgegengesetzten Ansicht ausgegangen ist. So wenig aber die Regierung die Absicht der Aufstellung absolut zwingender Vorschriften der Kammer gegenüber ausgesprochen hat, ebensowenig ist die Frage von der Zulässigkeit einer Uebereinkunft über die Abweichung von den für den Verkauf im Exekutions- oder Konkurswege gegebenen Vorschriften in den beiden Kammern zur Sprache gekommen, ja es findet sich nicht einmal eine Andeutung in dieser Beziehung in den Kammerverhandlungen, und es dürfte nicht allzu gewagt seyn, den Grund hievon darin zu suchen, daß man an diesen Fall gar nicht gedacht hat. Läßt sich aber dieß unterstellen, so ist damit der Annahme jeder Boden genommen, daß die Frage durch das Gesetz entschieden worden. Alle bei den Kammerverhandlungen geschehenen Aeußerungen hatten den Fall im Auge, wo das Gesetz überhaupt zur Anwendung zu kommen hat; allein ob dasselbe auch im Falle einer dazwischen liegenden Uebereinkunft sämmtlicher Betheiligter gegen diese zur Anwendung kommen, eine solche Uebereinkunft also ausschließen solle, davon war nirgends die Rede. Es fehlt daher an einem haltbaren Grunde für die Annahme, daß sämmtliche Faktoren der Gesetzgebung sich darüber geeinigt haben, die freie

Uebereinkunft der Betheiligten unbedingt auszuschließen, vielmehr sprechen überwiegende Gründe dafür, daß diese Frage gar nicht entschieden werden wollte, und man wird sich daher dafür entscheiden müssen, eine solche Uebereinkunft auch gegen die Vorschriften der Exekutionsnovelle zuzulassen.

Bei der oben angeführten Entscheidung des Obertribunals vom 23. Juni 1858 wurde die Frage als zweifelhaft dahin gestellt gelassen, und inzwischen ist solche ausdrücklich nicht mehr zur Erörterung gekommen; bei der unter der folgenden Nummer anzuführenden Entscheidung vom 7. Juni 1861 wurde jedoch ohne weitere Erörterung die Zulässigkeit einer Abweichung von den gesetzlichen Förmlichkeiten bei Exekutionsverkäufen, wenn die Betheiligten zustimmen, im Einklang mit der älteren Praxis stillschweigend angenommen.

82) Der Schuldner kann einen von ihm genehmigten Zwangsverkauf wegen Verletzung von Förmlichkeiten nicht mehr anfechten.

Der obrigkeitliche Zwangsverkauf ist für den Schuldner der Regel nach nur dann verbindend, wenn hiebei die in dem Gesetze vom 13. Nov. 1855 Art. 17 und 22 gegebenen Vorschriften beobachtet worden sind. Hat jedoch der Schuldner den vorgenommenen obrigkeitlichen Zwangsverkauf genehmigt, so liegt der Grund der ihn verbindenden Kraft des Verkaufs in seiner Einwilligung in solchen, und darauf, ob die gesetzlichen Vorschriften, welche zum Schutze des Schuldners bei ohne oder gegen seinen Willen vorgenommenen obrigkeitlichen Zwangsverkäufen gegeben sind, beobachtet worden, kann es daher nicht ankommen. Insbesondere kann es nicht im Sinne des Gesetzes liegen, die Giltigkeit eines solchen Verkaufs davon, daß dem Schuldner noch eine Frist zur Beibringung eines besseren Käufers gegeben werde, abhängig zu machen, wenn der

Schuldner nach der Aufstreichsverhandlung sofort erklärt, daß er den Verkauf genehmige.

Entsch. des Obertribunals vom 7. Juni 1861 in S. P.'sche Kinder c. M.

83) Ein Zahlungsbefehl ist zur Begründung eines Vorzugsrechts im Gant auch dann geeignet, wenn die Zahlungsfrist mit Einwilligung des Gläubigers auf mehr als 30 Tage erstreckt worden ist.

Die Bestimmungen des Prioritätsgesetzes vom 15. April 1825, Art. 13 über das Vorzugsrecht derjenigen, welche für eine eingeklagte Forderung vor entstandenem Konkurs einen obrigkeitlichen Zahlungsbefehl erlangt haben, und des Exekutionsgesetzes von demselben Tage Art. 88 und der Novelle vom 13. November 1855, Art. 2 über die einem Schuldner zu ertheilende Zahlungsfrist sind sowohl ihrem Zweck als ihrem Grunde nach wohl zu unterscheiden. Jenes Vorzugsrecht beruht auf dem Grunde, daß der wachsame Gläubiger vor dem, der es nicht ist, den Vorzug verdiene,[246] und hat den Zweck, daß der vigilante Gläubiger bei dem später ausgebrochenen Konkurs vor den nicht, oder erst später vigilant gewordenen Gläubigern locirt werde. Eine nähere Bestimmung darüber, unter welchen Voraussetzungen dieser Zahlungsbefehl gegeben werden darf und wie er beschaffen seyn müsse, ist im Prioritätsgesetz nicht enthalten. Wenn nun gleich gewisse Voraussetzungen sich von selbst verstehen, wie die Voraussetzung der Fälligkeit einer Schuld, und wenn gleich die Wirksamkeit eines solchen Befehls und die wichtigen Folgen, welche für den Schuldner dadurch entstehen, das Erforderniß mit sich führen, daß eine Frist anberaumt, die Vornahme der Exekution für

---

[246] Kommissionsbericht zu dem Prioritätsgesetz-Entw. Verh. d. K. d. A. v. 1823/4. III außerord. Beil.-Heft S. 347.

den Versäumnißfall angedroht werde, wie dieß beides auch in dem Exekutionsgesetz Art. 87 und 88 ausdrücklich für das Exekutionsgesuch und die demselben entsprechende richterliche Verfügung vorgeschrieben ist; so ist doch eine bestimmte Dauer der mit dem Zahlungsbefehl zu verbindenden Frist weder durch das Motiv der Wachsamkeit, noch durch den Zweck des zu begründenden Vorzugs geboten, denn beides wird schon mit der Anbringung des Exekutionsgesuchs, beziehungsweise der richterlichen Verfügung darauf erreicht, möge nun die wirkliche Vornahme der Exekution früher oder später eintreten. [247]

---

[247] Für die Beantwortung der Frage, wie ein Zahlungsbefehl beschaffen seyn müsse, um das Vorzugsrecht der vierten Klasse im Gante des Schuldners zu begründen, wird sich aus dem oben angeführten Motive des Gesetzes wohl nichts entnehmen lassen. Denn mag auch die Rücksicht auf die größere Wachsamkeit des Gläubigers einen Grund für die Schaffung des fraglichen Vorzugsrechts abgegeben haben, so genügt zu dessen Begründung noch keineswegs, wenn der Gläubiger auch Alles gethan hat, was die Wachsamkeit ihm geboten, da das Gesetz nicht eine diese Wachsamkeit bekundende Handlung des Gläubigers oder wenigstens nicht diese allein als Bedingung des Vorzugsrechts aufgestellt, sondern dasselbe von dem Hinzutritt einer Verfügung der Vollstreckungsbehörde, von der Ertheilung eines Zahlungsbefehls durch dieselbe abhängig gemacht hat. Eine besondere Begriffsbestimmung, wie ein Zahlungsbefehl beschaffen seyn müsse, um das Vorzugsrecht zu begründen, hat das Prioritätsgesetz, wie auch in der obigen Obertribunalentscheidung gesagt ist, nicht gegeben. Hieraus folgt, daß das Gesetz keinen besonderen Begriff damit verbinden wollte, sondern einen nach Maßgabe der bestehenden gesetzlichen Bestimmungen ertheilten Zahlungsbefehl im Auge hatte. Die entscheidende Frage wird daher stets bleiben, ob es nach den für das Exekutionsverfahren geltenden Grundsätzen gesetzlich zuläßig ist, einen obrigkeitlichen Zahlungsbefehl unter Anberaumung einer die gesetzliche Grenze von 30 Tagen übersteigenden Zahlungsfrist zu ertheilen. Müßte dieß verneint werden, so könnte ein solcher Zahlungsbefehl ein Vorzugsrecht niemals begründen, wie es sich auch mit der Wachsamkeit des Gläubigers verhalten möchte, denn ein nicht gesetzlich ertheilter Zahlungsbefehl besteht überhaupt nicht zu Recht, und kann ein Vorzugsrecht, welches durch die rechtliche Existenz eines Zahlungsbefehls bedingt ist, so wenig begründen, als er zur Herbeiführung der Hilfsvollstreckung sich eignet. Ganz

Das Exekutionsgesetz dagegen hat zunächst den Zweck, dem Gläubiger außer dem Konkurs auf dem schnellsten und sichersten Weg zu seiner Befriedigung zu verhelfen, und ihn, der sein Recht fordert, vor den Folgen unzeitiger Schonung des Schuldners, vor Willkür der Behörde und Chikanen zu schützen, wie das in den Regierungsmotiven zum Gesetz ausgedrückt wird.[248] Daneben sollte auf möglichste Schonung des Schuldners Rücksicht genommen, und wenn der Hauptzweck auf die eine oder die andere Weise gleich genügend erreicht werden kann, stets das mildere Mittel gewählt werden. Als hauptsächlicher Zweck des Gesetzes wurde bezeichnet, daß es in jeder Hinsicht fest und bestimmt sey, daß auf den Grund des Gesetzes der Gläubiger sich darüber sichere Rechnung machen könne, es werden seine gesetzmäßigen Anträge bei der Behörde zuverlässiges Gehör und stracke Vollziehung finden.[249] Wenn nun im Art. 88 des Exekutionsgesetzes bestimmt ist, „daß die Zahlungsfrist nach Bewandtniß der Umstände und insbesondere nach der Größe der Forderung auf 30 Tage sich erstrecken könne", so wollte hiemit ohne Zweifel eine Ausgleichung zwischen der vom Gläubiger zu erwartenden prompten Justiz und der dem Schuldner zu gönnenden billigen Schonung getroffen werden. Der Gesetzesentwurf hatte im §. 82 die Bestimmung enthalten: „Sogleich nach Anbringung jenes Gesuchs, wenn dabei nicht besondere Bedenklichkeiten obwalten, ist dem Schuldner mittelst Dekrets eine Frist von

---

richtig wird daher auch in obiger Entscheidung im weiteren Verlaufe der Gründe aus der rechtlichen Zulässigkeit und Wirksamkeit eines Zahlungsbefehls mit verlängerter Frist im Exekutionsverfahren auf dieselbe Wirksamkeit bezüglich des Vorzugsrechts geschlossen. Ebendaher wird es aber auch auf den oben hervorgehobenen Unterschied der Gründe der fraglichen Bestimmungen des Prioritäts- und des Exekutionsgesetzes wohl nicht ankommen.

[248] Verh. d. K. d. A. a. a. O. S. 477—479.

[249] Ebendas. S. 79.

15—45 Tagen zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bei Vermeidung der Exekution anzuberaumen." [250] Bei der Berathung erklärte der Regierungskommissär, das minimum der vorgeschlagenen Exekutionsfrist diene zum Schutz des Schuldners. [251] Dieses minimum wurde indeß von der Kammer nicht beliebt, nachdem von einer Seite dagegen geltend gemacht war, daß es Fälle gebe, wo 15 Tage ein zu langer Termin sey und auch das maximum wurde von 45 Tagen auf 30 Tage herabgesetzt, nachdem vom Präsidenten (Weishaar) die Ansicht geäußert worden war, daß für alle Forderungen ein Termin von 15 Tagen genügend sey. [252] Es läßt sich hieraus abnehmen, daß die Herabsetzung des maximum von 45 auf 30 Tage im Interesse des Gläubigers erfolgt ist. Von der gleichen Ansicht ging die Exekutionsnovelle vom 13. November 1855 aus, welche im Art. 2 vorschreibt, daß die Zahlungsfrist bei Forderungen bis zu 50 fl. nicht über 14 Tage und bei größeren nicht über 30 Tage betragen dürfe. Schon im Kommissionsbericht der Kammer der Abgeordneten über den Gesetzesentwurf war bemerkt worden: „allerdings habe vor Allem der Gläubiger das vollste Recht auf Befriedigung seiner liquiden Forderungen; aber wo dem Schuldner nicht die Möglichkeit übrig gelassen werde, nach Maßgabe seiner Lage Zeit und Umstände noch zu benutzen, um die Mittel auf die ihn am wenigsten beschwerende Weise herbeizuschaffen, da seyen es auch nothwendig die Gläubiger, welche zuletzt mit dem Schuldner unter der Vorschnelligkeit der Exekution leiden. [253] Bei der Berathung über dieses Gesetz äußerte der Justizminister (v. Plessen), der Entwurf sey von allen Rednern, welche bisher darüber gesprochen haben, insoferne ganz

---

[250] Ebendas. S. 509.
[251] Ebendas. Heft 14, S. 1423.
[252] Ebendas. S. 1424 f.
[253] Verh. d. K. d. A. von 1854/5. 1 Beil. Bd. S. 309.

richtig aufgefaßt worden, als sie davon ausgehen, daß die Frist, welche bestimmt werde, lediglich dazu dienen solle, dem Schuldner die Möglichkeit zu geben, die Baarmittel, in deren augenblicklichem Besitz er sich nicht befinde, herbeizuschaffen. Dagegen dürfe aber das Recht des Gläubigers auf gleichbaldige Befriedigung nicht außer Augen gelassen werden, wonach es angemessen erscheine, eine engere und eine weitere Schranke zu ziehen, je nachdem die Forderung unter einen gewissen Betrag herabfalle, oder nicht.[254] Die Frist von 30 Tagen, welche in diesem Gesetz als die längste Zahlungsfrist festgesetzt ist, erscheint hienach lediglich im Interesse des Gläubigers bestimmt. Wenn daher dieser es sich gefallen läßt, oder ausdrücklich einwilligt, daß seinem Schuldner eine längere als die im Gesetz vorgeschriebene Zahlungsfrist gegeben werde, so ist kein Grund einzusehen, warum eine solche Zahlungsfrist wirkungslos werden soll. Die Einwendung, daß die Bewilligung einer längeren Frist mit der Sicherheit des Verkehrs, mit der Ordnung des Exekutionsverfahrens und mit den Rechten Dritter sich nicht vertragen würde, ist nicht haltbar, da die Vornahme einer Exekution, so lange keine Ueberschuldung eingetreten, nur die Rechte des betreffenden Gläubigers und Schuldners berührt, und Dritten keine Einsprache dabei zusteht, auch die Exekutionsbehörde, welcher die Führung eines Terminbuchs zur Pflicht gemacht ist,[255] den Ablauf der Frist ebenso gut wahren kann, wenn sie eine längere, als wenn sie eine kürzere ist. Auch aus dem oben angeführten Zweck der Exekution läßt sich kein Grund entnehmen, warum die Vornahme der Exekution ungesetzlich seyn sollte, weil dem Schuldner statt einer dreißigtägigen eine längere Frist anberaumt worden. Ist aber die Exekution zulässig, und erscheint die ertheilte Zahlungsfrist

[254] Ebendas. Bd. 1, S. 295.

[255] Vollziehungsverfügung des Justizmin. v. 22. Dez. 1855, §. 5.

für sie als wirksam, so muß die gleiche Wirksamkeit dem Zahlungsbefehl auch hinsichtlich des dadurch bewirkten Vorzugsrechts zugemessen werden, weil das Prioritätsgesetz einen von den Bestimmungen des Exekutionsgesetzes abweichenden Begriff des Zahlungsbefehls nicht aufstellt.[256] Ein entscheidendes Argument dafür, daß eine Verlängerung der Zahlungsfrist mit Einwilligung des Gläubigers zulässig ist, liegt aber im Art. 2 der Exekutionsnovelle selbst, wo bestimmt ist, daß die Zahlungsfrist nur ohne ausdrückliche Zustimmung des Gläubigers nicht erstreckt werden dürfe. Darf folglich mit Zustimmung des Gläubigers nach fruchtlosem Ablauf der ersten Frist dieselbe erstreckt werden, und wird hiedurch der Gläubiger des durch den ersten Zahlungsbefehl erlangten Vorzugsrechts nicht verlustig,[257] so muß das Gleiche gelten,

---

[256] Vergl. Note 247.

[257] Daß in dem Falle, wenn die erste Zahlungsfrist mit Zustimmung des Gläubigers von der Exekutionsbehörde erstreckt, also mit anderen Worten eine zweite Frist unter Exekutionsbedrohung ertheilt wird, der Gläubiger des durch den ersten Zahlungsbefehl erlangten Vorzugsrechts nicht verlustig werde, was die obigen Entsch.-Gründe als sich von selbst verstehend hinstellen, dürfte erst zu beweisen seyn. Mir scheint die Richtigkeit dieses Satzes bezweifelt werden zu können. Auf einen Zahlungsbefehl kann ein Vorzugsrecht im Gante des Schuldners nur gegründet werden, wenn der Zahlungsbefehl noch rechtlich giltig und wirksam ist, d. h. wenn ohne den dazwischen getretenen Gant auf den Grund des fraglichen Zahlungsbefehls die Exekution eingeleitet werden könnte. Hievon ist auch das Obertribunal stets ausgegangen, (so z. B. bei der Entsch. v. 15. Mai 1846 in S. Sch. c. E.; v. 14. Juni 1861 in S. S. c. E., v. 9. Nov. 1861 in S. M. c. K.) und auch die obigen Entscheidungsgründe gehen davon aus, indem sie die Bewirkung des Vorzugsrechts durch einen Zahlungsbefehl auf dessen Wirksamkeit im Exekutionsverfahren gründen. Nun hört aber letztere Wirksamkeit des ersten Zahlungsbefehls auf, wenn mit Einwilligung des Gläubigers eine zweite Frist gegeben wird; es ist nicht mehr die Nichtbefolgung des ersten Zahlungsbefehls, welche die Exekution zu Folge hat, sondern nur die Nichtbefolgung des zweiten Befehls hat diese Wirkung und es hat der erste Befehl jede Wir-

wenn ein geräumigerer Zahlungsbefehl gleich von Anfang an mit Zustimmung des Gläubigers ertheilt wird.

Die Einwendung, daß nach diesem Grundsatz ein Zahlungsbefehl auch auf viele Jahre hinaus ertheilt werden könne, ist deßwegen nicht zutreffend, weil die Hinausschiebung der Exekution auf so lange Zeit hinaus wegen der inzwischen möglichen Veränderungen im Vermögensstand des Schuldners sich als eine wirksame Exekution nicht zeigt, und ebensowenig das Moment der Wachsamkeit in einem solchen Falle zutrifft. Die Grenze, bis zu welcher die Zahlungsfrist rechtlich giltig und wirksam erstreckt werden kann, läßt sich in abstracto nicht ziehen, sondern es muß hiebei auf die besondere Beschaffenheit des Falls Rücksicht genommen werden.[258]

---

tung für das Exekutionsverfahren verloren, sobald eine zweite Zahlungsfrist gegeben wird. In Folge dessen wird man auch nur den zweiten Zahlungsbefehl als zu Bewirkung eines Vorzugsrechts geeignet betrachten können, was im Falle, daß zwischen der Ertheilung der ersten und der zweiten Zahlungsfrist ein anderer Gläubiger gleichfalls einen Zahlungsbefehl erwirkt hat, von großer Wichtigkeit seyn kann. Die von Neuffer, Zeitschr. Bd. 2, S. 176 mitgetheilte Entsch. eines Gerichtshofs steht der hier ausgesprochenen Ansicht nicht entgegen, da in jener Entsch. angenommen wurde, es seyen die fraglichen wiederholten Zahlungsbefehle ohne Genehmigung des Gläubigers, also ungesetzlich, von der Exekutionsbehörde ertheilt worden, in welchem Falle allerdings der erste Zahlungsbefehl als der allein gesetzlich zu Recht bestehende in Betracht kommen konnte.

[258] Hienach würde es ganz von dem richterlichen Ermessen im einzelnen Falle abhängen, ob ein Zahlungsbefehl mit einer längeren als der gesetzlichen Frist ein Vorzugsrecht zu begründen geeignet seye, was schon an sich nicht unbedenklich erscheinen dürfte. Jedenfalls aber könnte ich es nicht für gerechtfertigt finden, wenn das Moment der Wachsamkeit bei der Frage, ob im einzelnen Falle ein Zahlungsbefehl mit verlängerter Frist ein Vorzugsrecht bewirken könne, den Ausschlag geben sollte. Denn für das Exekutionsverfahren kommt dieses Moment, wie die obigen Entscheidungsgründe selbst annehmen, nicht in Betracht, und es kann daher die Einleitung der Exekution auf den Grund eines Zahlungsbefehls nicht verweigert werden, weil die Zustimmung einer unmäßigen Verlängerung der Zahlungsfrist einen Mangel der

Ebenso ungegründet ist die Einwendung, daß eine längere Zahlungsfrist nach der Exekutionsnovelle von 1855 nicht als Zahlungsbefehl im Sinne des Prioritätsgesetzes angesehen werden könne, weil jenes neue Gesetz den in den Motiven ausgesprochenen Zweck habe, das Exekutionsverfahren rascher und einfacher zu machen. Zwar war es, wie auch der Justizminister bei der Berathung des Gesetzes anerkannte, mit ein Zweck desselben, daß der Angriff des Schuldners mit rascherem Erfolg als bisher stattfinden könne.[259] Hauptsächlich war es aber, nach den Motiven zum Gesetzesentwurf,[260] die Erwägung, „daß die bestehende Exekutionsgesetzgebung mit ihren vielen und ausgedehnten Fristen und Förmlichkeiten für die dermaligen Kreditverhältnisse unzureichend sey", was die Regierung zur Einbringung des Gesetzes bestimmte, und auch der Justizminister bestätigte, daß viele Bestimmungen des Gesetzes dahin abzielen, das Verfahren einfacher und klarer zu machen. Wollte man nun die Bestimmung im Art. 2 des neuen Gesetzes, daß die Zahlungsfrist nicht über 30 Tage betragen dürfe, dahin auslegen, daß auch mit Einwilligung des Gläubigers eine längere als dreißigtägige Frist nicht gegeben werden dürfe, und daß, wenn eine längere Frist gegeben werde, dieselbe wirkungslos sey, folglich ein neuer Zahlungsbefehl erfolgen müsse, so würde hiedurch das Verfahren nicht abgekürzt, sondern

---

Wachsamkeit involvire, vielmehr muß die Exekutionseinleitung erfolgen, wenn nur der Zahlungsbefehl den hiefür gegebenen gesetzlichen Bestimmungen entspricht. So lange aber ein Zahlungsbefehl für das Exekutionsverfahren als giltig und wirksam erscheint, begründet er auch ein Vorzugsrecht, da das Prioritätsgesetz, wie schon bemerkt, keinen besonderen Begriff eines Zahlungsbefehls aufgestellt hat, woraus von selbst folgt, daß das Moment der Wachsamkeit für die Beurtheilung der Giltigkeit und Wirksamkeit eines Zahlungsbefehls mit verlängerter Frist überhaupt nicht in Betracht kommen kann.

[259] Verh. d. K. d. A. v. 1854/55, Bd. 1, S. 220.

[260] Ebendas. 1. Beil. Bd. S. 126.

verlängert, die Förmlichkeiten würden nicht vermindert, sondern vermehrt werden.

In der Debatte in der Kammer der Abgeordneten über die Frage, wie es zu halten sey, wenn eine Borgfrist gegeben werde, wurde von dem Berichterstatter (Probst) die Ansicht geäußert und von dem Justizminister bestätigt, daß, wenn von dem Gläubiger ausdrücklich gesagt werde, er gebe nur eine bestimmte kurze Frist, hierin liege, daß nach Ablauf derselben die Ortsbehörde mit der Exekution fortmachen solle. Aus diesen Aeußerungen will jetzt gefolgert werden, daß auch die im Art. 2 gestattete Erstreckung der Frist mit ausdrücklicher Zustimmung des Gläubigers jedenfalls nur eine kurze Erstreckung seyn dürfe. Allein besagte Aeußerungen beziehen sich nicht auf die erste Zahlungsfrist, sondern auf eine nach Ablauf der ersten Frist gestattete weitere Frist, auf eine Borgfrist. Solche Borgfristen wurden schon nach der bisherigen Praxis als die Exekution unterbrechend und das erlangte Vorzugsrecht aufhebend betrachtet, weil die Forderung dadurch in einen Zustand versetzt wird, in welchem sie nicht mehr exekutionsreif ist, und der Gläubiger seine Wachsamkeit, welche ihm sein Vorzugsrecht verschaffte, wieder aufgegeben hat.[261] Eine solche, ohne Mitwirkung der Exekutionsbehörde gegebene Borgfrist wurde in der angeführten Kammerdebatte als den Zahlungsbefehl vernichtend angesehen. Es wurde dabei aber das Hauptgewicht darauf gelegt, daß bei einer im Allgemeinen, unbestimmt gegebenen Borgfrist die Ortsbehörde keinen Anhaltspunkt dafür habe, wenn sie wiederum in Thätigkeit treten solle. Daß eine mit ausdrücklicher Zustimmung des Gläubigers von der Exekutionsbehörde verstattete bestimmte Erstreckung der Frist, wenn sie auch eine längere ist, nach Art. 2 nicht zulässig seyn solle, läßt sich hieraus nicht ableiten, sie erscheint als eine neue Zahlungsfrist und ist von der

---

[261] Vergl. oben Note 236.

Borgfrist im Sinne des Art. 3 des Gesetzes, welche die Exekution unterbricht, wesentlich verschieden. Daß aber dasjenige, was nach Art. 2 von einer mit ausdrücklicher Bewilligung des Gläubigers erstreckten Frist gilt, nach der Natur der Sache auch von einer mit Einwilligung des Gläubigers von Anfang an gestatteten längeren Zahlungsfrist gelten müsse, wurde schon oben bemerkt.

Endlich läßt sich auch nicht einwenden, daß es bei einer längeren als dreißigtägigen Zahlungsfrist an der Wachsamkeit des Gläubigers, worauf sein Vorzugsrecht beruhe, fehle, da die Wachsamkeit sich durch Anbringung der Schuldklage äußert, und deßhalb auch mit der hierauf ergehenden Zahlungsverfügung das Vorzugsrecht beginnt, eine verstattete längere Frist aber nicht in der Unthätigkeit des Gläubigers, sondern in der Rücksicht auf den Schuldner seinen Grund hat, und es demselben nicht leicht möglich seyn kann, früher die nöthigen Zahlungsmittel herbeizuschaffen.[262]

All' diesem gemäß muß ein Zahlungsbefehl zu Begründung eines Vorzugsrechts im Gant auch dann für geeignet erkannt werden, wenn die Zahlungsfrist mit Zustimmung des Gläubigers auf mehr als 30 Tage erstreckt worden ist.

Entsch. des Obertribunals vom 15. März 1862 in S. Sch. u. L. c. Sp.

84) Ein Vorzugsrecht im Gant kann auf einen vor der Verfallzeit einer Forderung ertheilten Zahlungsbefehl nicht gegründet werden.

Zur Begründung des durch Art. 13, lit. c. des Prioritätsgesetzes vom 15. April 1825 eingeräumten Vorzugsrechts IV. Klasse genügt nicht die Thatsache, daß für eine eingeklagte Forderung überhaupt ein obrigkeitlicher Zahlungsbefehl ertheilt wurde, es wird vielmehr erfordert,

[262] Vergl. oben Note 247 und 258.

daß die Zahlungsverfügung gesetzlicher Ordnung gemäß erfolgt sey, daß somit die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen eine Exekutionsverfügung überhaupt zulässig ist. Ist dieß nicht der Fall, so besteht der ertheilte Zahlungsbefehl nicht zu Recht, kann daher auch keine rechtlichen Wirkungen äußern, und es kann auf Grund desselben ein Vorzugsrecht im Gante nicht beansprucht werden. Nach Art. 17 des Exekutionsgesetzes vom 25. April 1825 kann aber zur Exekution nur geschritten werden, wenn die Verbindlichkeit, welche erfüllt werden soll, anerkannt und wenn zugleich der Zeitpunkt der Leistung eingetreten ist.[263] Wenn daher die Exekutionsbehörde auf eine von dem Anrufenden selbst als noch nicht fällig bezeichnete (von diesem z. B. erst gekündigte)[264] Forderung eine Exekutionsverfügung durch Ertheilung eines Zahlungsbefehls trifft, so ist derselbe wegen des Mangels seiner gesetzlichen Voraussetzungen ungiltig und vermag keine rechtlichen Wirkungen zu äußern.

Entsch. des Obertribunals vom 9. Nov. 1861 in S. M. c. K.

85) **Die Baugläubiger haben als solche kein Absonderungrecht an den Brandentschädigungsgeldern.**

Nach dem Begriffe des Brandversicherungsgeschäfts

---

[263] Der Art. 1 der Exekutionsnovelle v. 13. Nov. 1855 macht die Ertheilung eines Zahlungsbefehls nur von der Voraussetzung abhängig, daß eine Forderung als unbestritten eingeklagt worden. Die Bestimmung des Art. 17 des Exekutionsgesetzes ist aber daneben in Kraft geblieben, und ergibt sich daher aus dem eigenen Vorbringen des Klägers, daß die eingeklagte Forderung noch gar nicht fällig ist, so ist die Ertheilung eines Zahlungsbefehls nicht statthaft.

[264] Es kommt nicht selten vor, daß bei auf 1/4jährige Kündigung stehenden Kapitalien der Gläubiger bei der Exekutionsbehörde den Antrag stellt, die Kündigung dem Schuldner unter Exekutionsbedrohung zu eröffnen. Dieß ist durchaus unstatthaft, da vor Ablauf der Kündigungsfrist keine fällige Forderung vorliegt. Vergl. Neuffer, Zeitschrift Bd. 2, S, 324.

sind die Entschädigungsgelder die Gegenleistung gegen die vorangegangenen Prämienzahlungen. Der Natur des Verhältnisses nach gehört also die Entschädigung demjenigen, der die Versicherungsbeiträge zu bezahlen hatte, d. i. dem Eigenthümer. Um statt des Eigenthümers auf eine nicht durch Vertrag begründete Weise die Baugläubiger als Berechtigte an dessen Stelle treten zu lassen, bedürfte es daher einer besonderen gesetzlichen Vorschrift; eine solche besteht aber nicht. Die Brandversicherungsordnung vom Jahr 1807 enthält nur den Satz, daß die Entschädigungsgelder lediglich zum Zwecke der Wiederherstellung der abgebrannten Gebäude ausgefolgt werden und daß diesem Zwecke kein Zugriff von Gläubigern hindernd in den Weg treten dürfe. Ein Schluß aus diesem Zwecke des Gesetzes darauf, daß die Entschädigungsgelder nicht dem Versicherten, sondern den Baugläubigern gehören, ist unzulässig, weil diese Folgerung durch jenen Zweck ganz und gar nicht geboten ist, sondern hier andere, nicht mit Eingriffen in Privatrechte verbundene Mittel, wie die Zurückhaltung der Gelder, Aufstellung eines Baupflegers u. s. w. vollkommen zureichen. Nach dem geltenden Rechte hat derjenige, welcher zu einem Bauwesen Geld leiht, kein Absonderungsrecht weder an die hergestellte Sache, noch an flüssig werdende Brandentschädigungsgelder, sondern dem Billigkeitsgrunde einer vorzugsweisen Berücksichtigung solcher Gläubiger ist seit Aufhebung des gemeinrechtlichen Vorzugsrechts eine andere Rücksicht gesetzlich nicht geschenkt, als daß denselben unter den Voraussetzungen des Art. 42 des Pfandgesetzes ein gesetzlicher Pfandrechtstitel eingeräumt ist.

Entsch. des Obertribunals vom 8. Juli 1861 in der At.-S. E. c. B.

86) Können zukünftige Nutznießungserträgnisse und Pensionsbezüge des Kridars zur Gantmasse gezogen werden.

a) Die Erträgnisse eines dem Schuldner zustehenden

Nutznießungsrechts können nach den bestehenden gesetzlichen Bestimmungen zu Befriedigung der Gläubiger des Nutznießungsberechtigten verwendet werden, und es sind daher, wenn es zu einem Gantverfahren kommt, sowohl die verfallenen, als die künftigen Renten zur Gantmasse zu ziehen, und den Gläubigern zuzuweisen. Nur muß hiebei die Erfüllung der mit der Nutznießung verknüpften Verbindlichkeiten gesichert bleiben.[265] Ein Abzug wegen der Bedürfnisse des Gemeinschuldners für seine eigene Person oder seine Familie findet jedoch, wenn nicht die Nutznießung gerade nur hiezu eingeräumt worden ist,[266] nicht statt, da ein Gantmann als solcher nur die gewöhnliche gesetzliche Kompetenz anzusprechen hat, (Exekutionsges. Art. 38) wozu der Ertrag einer Nutznießung nicht gehört.

Entscheidung des Obertribunals vom 26. April 1862 in S. H. c. F.

b) Dasselbe gilt von den künftigen Raten einer dem Kridar zustehenden Pension. Denn wenn der Gemeinschuldner das Recht auf den Bezug einer jährlichen Pension schon zur Zeit der Eröffnung des Gantverfahrens erworben hatte, so stellen sich die künftig verfallenden Pensionsraten nur als Ausflüsse eines schon zur Zeit der Ganteröffnung erworben gewesenen Rechts dar. Der Anspruch auf den Bezug der einzelnen künftigen Zuflüsse ist zwar bedingt durch die Fortdauer des Lebens des Pensionsberechtigten zu den betreffenden Zeitpunkten;

---

[265] Bayer, Theorie des Konkursprozesses (4. Aufl.) §. 25, S. 71 N 3, S. 72, S. 73, N. 10. Exekutionsgesetz vom 15. April 1825 Art. 38, 47. Sportelgesetz vom 23. Juni 1828, Art. 19. Bolley, Comm. Bd. 2, S. 946, 950, 951.

[266] Wenn übrigens die Nutznießung mit der ausdrücklichen Zweckbestimmung der Alimentation des Nutznießers eingeräumt worden ist, so haben die Gläubiger auf deren Ertrag keinen Anspruch. Seuffert, Archiv Bd. 5, Nr. 84. Bolley, Entw. u. Anträge Bd. 2, S. 548, Vangerow, Leitfaden Bd. 1. S. 220, 221.

allein auch ein in dieser Weise bedingter und betagter Anspruch auf jährliche Leistungen erscheint gleichwohl schon vor dem Eintrittt der einzelnen Termine als ein wohlerworbenes Vermögensrecht, welches nicht nur dem Berechtigten nicht willkürlich entzogen, sondern auch auf Andere übertragen werden kann. Erwirbt aber der Pensionsberechtigte die künftig verfallenden Pensionsraten kraft eines zur Zeit der Ganteröffnung schon begründeten Rechts,[267] so sind die künftigen Bezüge nicht als ein nach dem Gante neu erworbenes Vermögen, sondern als Bestandtheile der Gantmasse zu betrachten.[268] Demgemäß ist auch in der württembergischen Gesetzgebung (Exekutionsgesetz vom 15. April 1825 Art. 42, 47, 75, 76. Sportelgesetz vom 23. Juni 1828 Art. 18. 19. Instruktion zu dem Sportelgesetz vom 2. Mai 1831 §. 26) angenommen, daß Pensionen wie Renten oder Erträgnisse einer Nutznießung für die ganze künftige Lebensdauer des Berechtigten zu dessen Gantmasse gezogen und zu Befriedigung seiner Gläubiger verwendet werden können.

Entscheidung des Obertribunals vom 10. Oktober 1862 in S v. B. c. U.

87) Verzicht auf das Beschwerderecht bei Prodigalitätserklärungen.

Da Prodigalitätserklärungen als Gegenstand des

---

[267] Und, muß hinzugefügt werden, ohne daß der Erwerb der einzelnen Raten noch von einer besonderen Thätigkeit des Berechtigten, sondern lediglich von seiner Existenz abhängt. Anders bei Besoldungen, deren Fortbezug durch die fortdauernde Thätigkeit des Besoldeten bedingt ist, deren künftig verfallende Raten daher von dem Gemeinschuldner erst verdient werden müssen. Der zukünftige Verdienst des Gemeinschuldners kann aber nicht zur Gantmasse gezogen werden; wenn daher gegen öffentliche Diener ein Gant eingeleitet wird, so werden nur die zur Zeit der Ganteröffnung bereits verfallenen Besoldungsraten zur Gantmasse gezogen werden können.

[268] Bayer, Konkursprozeß (4. Aufl.) §. 25, 26, S. 71—74. Schmid, Civilprozeß Bd. 3, S. 255. Spangenberg, prakt. Erörterungen Bd. 1, S. 118—120.

öffentlichen Rechts sich nicht auf die bloße Einwilligung der zu Entmündigenden stützen können, sondern hiezu neben dem Daseyn der gesetzlichen Voraussetzungen auch die Beachtung der gesetzlich vorgezeichneten Förmlichkeiten des Prodigalitätsverfahrens wesentlich erfordert wird, so kann auf die Anfechtung einer formlosen Mundtodterklärung nicht mit Wirkung verzichtet werden.

Entsch. des Obertribunals vom 5. Dezember 1844 in der Beschwerdesache des Müllers B.

In der am 14. Sept. 1861 entschiedenen Beschwerdesache der Wittwe P., in welcher die Frage von der Wirkung eines Verzichts auf das Beschwerderecht bei Prodigalitätserklärungen neuerdings zur Sprache kam, wurde deren Beantwortung als zweifelhaft umgangen, indem angenommen wurde, daß der Verzicht in Frage nur ein bedingter gewesen, die Bedingung aber nicht eingetreten seye.[269]

Eine weitere Folge dieser Mittheilungen aus der Rechtsprechung des Obertribunals, Präjudizien in Wechselsachen, mußte wegen Mangels an Raum zurückgestellt werden und wird in dem nächsten, bereits unter der Presse befindlichen Heft erscheinen.

---

2) Verfahren in Schwurgerichtssachen, falls Zweifel bestehen, ob der Angeklagte zur Zeit der Schwurgerichtssitzung zurechnungsfähig ist.

(Von Herrn Prof. Dr. Geßler in Tübingen.)

Ueber das hier zu beobachtende Verfahren enthält das Schwurgerichts-Gesetz keine ausdrückliche Bestimmung. Ein Zweifel kann nicht bestehen, daß wenn der Angeklagte in Wirklichkeit zur Zeit der Schwurgerichtssitzung unzurechnungsfähig ist, die Schwurgerichtsverhandlung

[269] Ueber das Beschwerderecht überhaupt vergl. Sarwey, Monatschrift Bd. 4, S. 301 ff.

nicht stattfinden kann, vielmehr zu vertagen ist. Dieß folgt aus dem Prinzipe der Oeffentlichkeit des Verfahrens gegenüber von dem Angeklagten, welches in den Art. 115, 172 des Schw.=G.=Gs. seine bestimmteste Anerkennung gefunden hat, sodann daraus, daß dem Angeklagten die Ausübung bestimmter Rechte, wie der Ablehnung von Geschwornen, sofern er unzurechnungsfähig ist, gar nicht in gehöriger Weise möglich ist, endlich daraus, daß wenn der Art. 172 bei einem physischen Erkranken des Angeklagten zur Fortsetzung der Verhandlung ohne seine Anwesenheit die Zustimmung desselben verlangt, bei einer Geisteskrankheit des Angeklagten eine Einwilligung in das Stattfinden der Verhandlung gar nicht rechtsgiltig erklärt werden kann, die körperliche Anwesenheit des Angeklagten aber einer Abwesenheit gleich zu stellen wäre.

Fraglich kann nur die Art des Verfahrens seyn. Hiefür ist wohl der Art. 105 des Schw.=G.=Gs. maßgebend. Nach dem Inhalt dieses Artikels kann der Schwur-Gerichtspräsident auf Antrag des Staatsanwalts oder Angeklagten oder auch von Amtswegen die Frist für die Verhandlung einer Sache verlängern. Die Gründe und die Art und Weise, wie die Ueberzeugung des Richters von den hiefür geltend gemachten Thatsachen beschaffen und erlangt seyn muß, sind nicht bezeichnet; es findet deßhalb hierin keine Beschränkung statt. Das Gutachten der Sachverständigen, eine Vernehmung des Angeklagten behufs der Konstatirung seines Geisteszustands müssen daher namentlich nicht in öffentlicher Sitzung erfolgen und werden selbst angemessener hier nicht geschehen, weil bei Bejahung der Zurechnungsfähigkeit die Geschwornen leicht aus diesen noch nicht für die Verhandlung der Hauptsache vorgenommenen Akten ihre Ueberzeugung schöpfen könnten. Zweckmäßig wird jedoch die Zuziehung des Vertheidigers, beziehungsweise seine Benachrichtigung von dem Inhalte schriftlich abgegebener Gutachten seyn.

Die Bildung des Schwurgerichts ist aber insbeson-

dere in so lange zu unterlassen, als nicht für den Präsidenten die Ueberzeugung feststeht, daß eine Vertagung nicht einzutreten habe. Die Abgabe der Erklärung durch den Angeklagten, daß er nicht schuldig sey, die Ablehnung der Geschworenen entbehrt ja einer verbindenden Kraft, abgesehen davon, daß der ganze Akt unnöthig ist.

Würde eine Vertagung nicht angeordnet seyn, sey es, daß gar keine Anzeige von bestehender Geisteskrankheit vorlag, oder daß die vorgelegene nicht als genügend angenommen wurde, so kann sie stets noch verfügt werden, wenn sich im Laufe der Verhandlung überhaupt erst Grund hiefür ergibt oder die Ueberzeugung sich anders gestaltet. Nur wird sofort nach Ansicht des Art. 172 der Schwurgerichtshof, nicht bloß der Präsident, sie auszusprechen haben.[1]

III.

Miscellen.

Zu dem Entwurf einer Advokatenordnung in Württemberg.

(Von Rechtskonsulent Dr. Sarwey.)

Den Lesern des Archivs, namentlich den Rechtsanwälten Württembergs wird es nicht unerwünscht seyn, über den mit den umfassenden Prozeßarbeiten des Justiz-

---

[1]) Zu vergleichen Goltdammers Archiv für preuß. Strafrecht Bd. 20, S. 345 ff. Hierin ist gelegenheitlich eines Specialfalls die gleiche Frage behandelt. In diesem Falle wurde auf die Erklärung des Vorbehalts durch den Vertheidiger, nach Bildung des Schwurgerichts wegen Unzurechnungsfähigkeit einen Antrag auf Vertagung zu stellen, von dem Schwurgerichtshofe beschlossen, daß ein solcher Antrag vor der Bildung des Schwurgerichts zu stellen sey und wurde sofort nach Stellung des Antrags die Sachverständigen — unbeeidigt in

ministeriums im Zusammenhange stehenden Entwurf einer neuen Advokatenordnung und die hierüber bis jetzt gepflogenen Verhandlungen einige Mittheilungen zu erhalten. Dieselben haben sich zwar bei dem für solche Gegenstände eng bemessenen Raum dieser Zeitschrift auf die wesentlichsten Punkte zu beschränken. Es ist daher auch der Redaktion nicht möglich, eine Diskussion hierüber in diesen Blättern zu eröffnen, um nicht dem unmittelbar praktischen Stoff Raum zu entziehen. Doch nimmt vielleicht der eine oder andere Rechtsanwalt hievon Veranlassung, seine Wünsche und Ansichten auf anderem Wege zu veröffentlichen oder unmittelbar zur Kenntniß des K. Justizministeriums zu bringen. Auch der Verfasser ist gerne bereit, jede weitere Auskunft zu geben und etwaige Anträge zu sammeln und dem K. Justizministerium vorzulegen.

Wie bekannt, wurden sechs öffentliche Rechtsanwälte, die Herren Obertribunalprokurator Seeger von Stuttgart, Rechtskonsulent Neher von Biberach, Rechtskonsulent Probst von Stuttgart, Rechtskonsulent Schall von Oehringen, Rechtskonsulent Wetzel von Tübingen und der Verfasser von dem K. Justizministerium eingeladen, ihre Ansichten über die neue Advokatenordnung, mit deren Ausarbeitung Herr Obertribunalrath v. Sternenfels beauftragt ist, schriftlich und mündlich in Konferenzen auszusprechen. Nach einer vorläufigen schon zu Anfang des Jahres 1862 stattgehabten Besprechung, welcher auch der Justizministerialrath, Herr Obertribunalrath v. Faber, angewohnt hat, wurde ein Entwurf von Herrn Ober-

---

Abwesenheit des Angeklagten vernommen. Diese sprachen sich für völlige Zurechnungsfähigkeit aus und wurde hierauf die Verhandlung vorgenommen, in welcher der Angeklagte wegen Mords zum Tode verurtheilt wurde. Die gegen das beobachtete Verfahren erhobene Nichtigkeitsklage wurde zurückgewiesen, übrigens das Stattfinden dieses präparatorischen Verfahrens in öffentlicher Sitzung in Gegenwart sämmtlicher einberufenen Geschworenen nicht unbedingt gebilligt.

tribunalrath v. Sternenfels ausgearbeitet und als Manuscript gedruckt am 5. und 6. September in vier längeren Sitzungen ausführlich durchgesprochen. Herr Obertribunalprokurator Seeger, welcher verhindert war, hieran Theil zu nehmen, hat seine Bemerkungen schriftlich zur Kenntniß des Herrn Referenten gebracht.

Die Tendenz dieses Entwurfes, welcher in der Hauptsache an die hannover'sche und oldenburgische Advokatenordnung sich anschließt, geht dahin, dem Advokatenstande eine seiner hohen Aufgabe angemessenere und würdigere Stellung anzuweisen, als ihm bisher in Württemberg zustand, und daß der Entwurf dieses Ziel in liberaler Weise und ohne kleinliche Nebenrücksichten verfolgt, muß anerkannt werden. Allerdings wird es nicht gelingen, durch Advokatenordnungen allein dem Advokatenstande dieselbe hohe und einflußreiche Stellung zu verschaffen, welche er in England und Frankreich einnimmt. In Deutschland haben sich bis jetzt der Regel nach, abgesehen von dem Einfluß der politischen Laufbahn, die bedeutenderen Kräfte dem Staatsdienste zugewendet und bei der rechtlichen und sozialen Stellung, welche der Staatsdienst in Deutschland einnimmt, wird derselbe im Großen und Ganzen als über dem Anwaltstand stehend betrachtet werden, wie auch die Organisation des letzteren beschaffen seyn mag. Aber die erste Vorbedingung der allmähligen Gleichstellung des Advokaten- und Richterstandes bildet neben der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens unzweifelhaft eine zweckmäßige, auf die materielle Unabhängigkeit und die Ehre des Standes gerichtete Advokatenordnung. Sind diese Vorbedingungen gegeben, dann wird es möglich seyn, die Advokatur zur Vorstufe für die Staatsämter zu machen, wie dieß in England und Frankreich und theilweise in Rheinpreußen der Fall ist, und dann werden jene Anwaltsordnungen ihren Zweck im vollen Maß zu erreichen im Stande seyn. Immerhin sind sie als ein wesentlicher Fortschritt auf diesem Wege will-

kommen zu heißen, was auch bezüglich des vorliegenden Entwurfes von den erschienenen Anwälten anerkannt wurde.

Der Entwurf behandelt im ersten Abschnitte die allgemeinen Bestimmungen, im zweiten die Anwaltskammern, im dritten Abschnitt die Anwaltsgebühren. Die wichtigste Bestimmung des ersten Abschnitts ist die über die Aufnahme in die Advokatur. Der Entwurf unterscheidet zwischen Advokaten (Rechtsanwälten) und den bei den Obergerichten (d. h. bei den Kollegialgerichten überhaupt, sey es der ersten oder der höheren Instanz) fungirenden Obergerichtsanwälten, indem er bezüglich der Aufnahme ein gemischtes System nach dem Vorgang von Rheinpreußen, Hannover u. a. befolgt. Die Aufnahme in die Zahl der Rechtsanwälte wird Jedem gewährt, welcher den Nachweis des Besitzes des inländischen Staatsbürgerrechts und der Erstehung der zur Advokatur befähigenden Dienstprüfung erbringt, nicht Staatsdiener und im Besitz der bürgerlichen Ehren- und Dienstrechte ist. Obergerichtsanwalt, also befähigt, an jedem Obergericht (Kollegialgericht) des Landes die Parteien zu vertreten, ist jeder Rechtsanwalt, welcher binnen 5 Jahren, von Erlassung des Gesetzes an, an dem Sitze eines Obergerichtes sich niederläßt. Nach Ablauf der ersten 5 Jahre wird die Zahl der bei einem Obergericht zulässigen Anwälte von demselben bestimmt und die Aufnahme in diese Zahl erfolgt auf Vorschlag der Anwaltskammer durch das betreffende Obergericht.

Vor den Kollegialgerichten sind zur Vertretung der Parteien in bürgerlichen Streitsachen nur die hiezu ernannten Obergerichtsanwälte, ohne Beschränkung auf ein bestimmtes Obergericht, berechtigt. Uebrigens steht es den Parteien frei, sich neben den Obergerichtsanwälten des Rechtsbeistandes eines Rechtsanwaltes auch bei den mündlichen Verhandlungen vor dem Kollegialgericht zu bedienen. (Art. 5 des Entwurfes.) Diejenigen Advokaten,

welche nicht zugleich Obergerichtsanwälte sind, können hienach ebenso, wie die Obergerichtsanwälte in bürgerlichen Streitsachen vor den Einzelnrichtern die Parteien unbeschränkt vertreten, vor den Obergerichten nur in Verbindung mit einem Obergerichtsanwalte; zur Uebernahme von Vertheidigungen in Strafsachen und zur Vertretung der Parteien vor den Verwaltungsbehörden sind Advokaten und Obergerichtsanwälte gleich berechtigt. Gegen diese Vorschläge des Entwurfes wurde von einer Seite die unbedingte Freigebung auch der Obergerichtsanwaltschaft, von einer andern Seite die Beschränkung auch der Rechtsanwälte eines Gerichtsbezirks auf eine bestimmte von dem Gericht nach dem Bedürfniß zu bestimmende Zahl befürwortet. Während für die erstere Ansicht hauptsächlich hervorgehoben wurde, daß eine Beschränkung überhaupt nicht mehr mit den modernen Ansichten im gewerblichen Leben im Einklang stehe, eine Art gewerblichen Privilegiums mit allen seinen nachtheiligen Folgen erzeuge und namentlich die bisher unbeschränkt vorhandene, die richterliche Unabhängigkeit sichernde und insofern zugleich politisch wichtige Möglichkeit des Uebertritts aus dem Staatsdienst in die Advokatur in Frage stelle, wurde für die entgegengesetzte Ansicht geltend gemacht, daß die materielle Sicherstellung und eben damit die Hebung des Advokatenstandes durch eine allgemeine und durchgreifende Beschränkung der Advokatur wesentlich bedingt sey, während eine blos theilweise Beschränkung für diesen Zweck nicht ausreiche, einen mißlichen Standesunterschied innerhalb des Standes selbst schaffe und die Lage der Advokaten zu Gunsten der Obergerichtsanwälte verschlimmere. Gleichwohl wurde von keiner Seite verkannt, daß beide Systeme Gründe für und gegen sich haben, und da das in dem Entwurf angenommene gemischte System, durch welches ohnehin die erworbenen Rechte vollkommen gewahrt sind, die Nachtheile beider möglichst vermeidet und sich durch die dem Einzelnen gegebene Möglichkeit, seine

Lage durch den Eintritt in die Reihe der Obergerichtsanwälte nach einer gewissen Zeit fleißiger Pflichterfüllung zu verbessern, als besonders zweckmäßig empfiehlt, so hat sich die Mehrheit der anwesenden Anwälte für den Entwurf erklärt. Eine unbedingte Freigebung der Obergerichtsanwaltschaft würde nach den von Hannover gemachten Mittheilungen aus dem weiteren Grund nicht räthlich seyn, weil das öffentlich-mündliche Verfahren vor den Kollegialgerichten einen gewissen Grad von Befähigung, Reife und Erfahrung voraussetzt, für welchen in Zukunft allein auf dem Wege der relativen Beschränkung die nöthigen Garantien gewonnen werden können.

Was die politische Seite der Frage betrifft, so gingen von den gutächtlich vernommenen Rechtsanwälten diejenigen, welche sich für eine theilweise oder allgemeine Beschränkung der Advokatur aussprachen, davon aus, daß die Bedenken hiegegen im Wesentlichen hinwegfallen, wenn die Aufnahme in die Advokatur, soweit sie geschlossen ist, auf Vorschlag der Anwaltskammern durch die Gerichte erfolge.

Uebrigens erachtete die Mehrzahl für zweckmäßiger, wenn das Ernennungsrecht, anstatt durch die einzelnen Obergerichte, wie der Entwurf vorschlägt, durch das Obertribunal ausgeübt werde, und zwar theils, weil hiedurch mehr Garantie für eine gleichmäßige Behandlung gegeben sey, theils weil ein so wichtiges Recht von einer durch ihre Stellung möglichst unabhängigen Behörde ausgeübt werden soll, theils endlich, weil die Personalkenntniß der einzelnen Obergerichte sich immer nur auf einen kleinen Theil der Bewerber erstrecken werde.

Die im zweiten Abschnitt behandelten Anwaltskammern haben die Aufgabe, die Interessen der Rechtsanwälte zu befördern und zu vertreten und die mit ihrem Beruf verknüpften allgemeinen Angelegenheiten zu besorgen. Diese Einrichtung, welcher der Entwurf, zumal wenn die bei der Besprechung ausgesprochenen Wünsche

berücksichtigt werden, die liberalste Entwicklung gibt, wird von Seiten des Anwaltstandes in Württemberg mit Freuden begrüßt werden. Zunächst soll für Stuttgart und für jeden der 4 Kreise eine Anwaltskammer errichtet werden, welche je aus 7 Mitgliedern einschließlich des Präsidenten und seines Stellvertreters besteht und deren Mitglieder von den Advokaten des Kreises gewählt werden. Jede Anwaltskammer, welche als Disziplinarrath nur mit wenigstens 5 Mitgliedern, sonst mit 3 Mitgliedern beschlußfähig ist und in ihrer ersten Eigenschaft eine öffentliche Behörde bildet, ist dem Justizministerium untergeordnet und hat die Rechte einer juristischen Person. Ihre Kompetenz erstreckt sich auf die Wahrung der Interessen des Anwaltstandes im weitesten Sinn, auf Anträge bezüglich der Gesetzgebung, Gutachten hierüber, Vorschläge über Ernennung von Obergerichtsanwälten, Beiordnung von Armenanwälten und endlich auf die Untersuchung und Abrügung (disziplinarische Ahndung) eines die Pflichten oder die Würde des Standes beeinträchtigenden dienstlichen oder außerdienstlichen Benehmens eines Rechtsanwalts, wohin insbesondere anstoßerregendes unziemliches und unsittliches Betragen, Ungehorsam gegen die berechtigten Anordnungen der Anwaltskammer oder ihres Präsidenten, Beleidigung der Gegenpartei oder ihres Vertreters, absichtliche Entstellung der Wahrheit, Prävarikation u. s. f. gehört. Die Strafgewalt erstreckt sich auf Rüge und Verweis, Geldbuße bis zu 100 fl., Ausschluß vom Amt eines Kammermitglieds, Suspension und Ausstoßung aus der Reihe der Rechtsanwälte. Bei den schwereren Fällen ist durch die Nothwendigkeit der Verweisung durch eine Anklagekammer und Zulassung der Beschwerde an ein aus 3 Mitgliedern des Obertribunals und 3 Rechtsanwälten mit einem Präsidenten gebildetes sogenanntes Dienstgericht der nöthige rechtliche Schutz gegeben.

Eine lebhafte Diskussion rief die Stellung hervor, welche der Entwurf der Staatsanwaltschaft gegenüber den

Anwaltskammern einräumen will. Der Staatsanwaltschaft soll nach dem Entwurf von jeder Plenarversammlung unter Angabe des Gegenstands der Verhandlung zuvor Anzeige gemacht werden. Der Staatsanwalt soll zu allen Plenar- und Anwaltskammerversammlungen, mit der Befugniß, Erklärungen abzugeben und Anträge zu stellen, freien Zutritt haben. Die Staatsanwaltschaft vermittelt den Verkehr der Anwaltskammern mit den Behörden, entscheidet über die Bewilligung des Armenrechts in den bei den Kollegialgerichten anhängigen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, erhebt nach den Vorschriften der (im Entwurf vorliegenden neuen) Strafprozeßordnung für leichtere Straffälle in Disziplinarsachen die Anklage und besorgt den Strafvollzug. Gegen diese im Wesentlichen der hannover'schen und oldenburg'schen Gesetzgebung folgenden Bestimmungen wurde von den berufenen Anwälten im Allgemeinen eingewendet, daß kein Bedürfniß vorliege, der Staatsanwaltschaft eine so vielfach eingreifende Thätigkeit einzuräumen, indem verschiedene der angeführten Funktionen theils von dem Präsidium der Anwaltskammer, theils von den Gerichten besorgt werden können. Nur in Beziehung auf die Verrichtungen des Anklägers in Disziplinarsachen sprach sich die Mehrzahl übereinstimmend mit dem Entwurfe dafür aus, daß es räthlicher sey, hiemit den Staatsanwalt des Kollegialgerichts zu beauftragen, als ein Mitglied der Anwaltskammer zum Ankläger seiner Berufgenossen zu machen. Namentlich wurde hervorgehoben, daß ein temporär aus der Mitte der Anwaltskammer bestellter Ankläger (Syndikus) nach seinem Rücktritt vom Amt dem von ihm verfolgten Kollegen, zumal dem freigesprochenen gegenüber, sich in einer mißlichen Lage befinden und daß es deßhalb schwer seyn würde, Anwälte zu finden, welche diesen Auftrag ohne Widerwillen übernehmen. Eine Minderheit war der Ansicht, daß, wenn auch die Erhebung einer Anklage im einzelnen Fall ein unerwünschter Auftrag für einen Kollegen seyn

könne, doch anerkannt werden müsse, daß dieß noch kein Grund sey, das autonome Leben der Anwaltskammern durch Einschieben des fremden Elements der Staatsanwaltschaft zu beschränken und zu verkümmern. Bei dieser Gelegenheit sprachen sich die Anwälte überhaupt gegen das Streben, der Staatsanwaltschaft eine dem französischen Recht nachgebildete Stellung, eine Art Oberaufsicht über das Justizwesen, die Rolle einer von dem Justizministerium geleiteten juristischen Vorsehung zuzuweisen, einstimmig und entschieden aus. Es ist zu hoffen, daß diese Ansichten nicht unberücksichtigt bleiben. *)

Bei dem hervorragenden Interesse, welchen der dritte Abschnitt über die Anwaltsgebühren in Anspruch nimmt, wird es angemessen seyn, die wesentlichen Bestimmungen des Entwurfs hierüber wörtlich mitzutheilen. Dieselben lauten:

Art. 60.

Der Betrag der Gebühren der Rechtsanwälte in streitigen Rechtssachen richtet sich in der Regel nach dem Werthe des Streitgegenstandes und zwar nach Maßgabe folgender Abstufungen:

die 1.	Werthklasse	umfaßt	Sachen	von 0	bis 50 fl.		inkl.
„ 2.	„	„	„	„ 50	„ 200 fl.		„
„ 3.	„	„	„	„ 200	„ 500 fl.		„
„ 4.	„	„	„	„ 500	„ 1000 fl.		„
„ 5.	„	„	„	über	1000 fl.		

Art. 62.

Die Gebühren, welche die Rechtsanwälte anzurechnen befugt sind, sind folgende:

1) Arrha, in 1.	Werthklasse	. . . .	2 fl. — kr.
„ 2.	„	. . . .	4 fl. 30 kr.
„ 3.	„	. . . .	6 fl. — kr.
„ 4.	„	. . . .	9 fl. — kr.
„ 5.	„	bis 2000 fl.	12 fl. — kr.

* Hiemit bin auch ich vollkommen einverstanden, und ich behalte mir vor, auf diese wichtige Frage später zurückzukommen. K.

Für jedes neu beginnende 1000 fl. 1 fl. — kr.
mehr, im Ganzen aber nicht über 30 fl. — kr.

2) Termingebühr:

a) Erster Gattung:

in 1. Werthklasse	. . . . . .	1 fl. — kr.
„ 2. „	. . . . . .	3 fl. — kr.
„ 3. „	. . . . . .	4 fl. — kr.
„ 4. „	. . . . . .	5 fl. — kr.
„ 5. „	. . . . . .	6 fl. — kr.

b) Zweiter Gattung:
die Hälfte der ersten Gattung.

3) Für Schriften, ohne Rücksicht auf den Umfang:

a) Erster Gattung:

in 1. Werthklasse	. . . . . .	1 fl. — kr.
„ 2. „	. . . . . .	2 fl. — kr.
„ 3. „	. . . . . .	3 fl. — kr.
„ 4. „	. . . . . .	4 fl. — kr.
„ 5. „	. . . . . .	5 fl. — kr.

b) Zweiter Gattung:
die Hälfte der ersten Gattung.

Art. 63.

Die Arrha gilt als Belohnung für alle Bemühungen behufs der Information, für mündliche Besprechungen mit dem Klienten, für Korrespondenzen mit demselben oder Anderen, für die Vollmacht, für Einsicht von Vor- und Hilfsakten, Urkunden und Rechnungsbüchern und für Ausziehen derselben, für die Führung der Handakten, Abfassung der Deservitenrechnungen, überhaupt für alle Geschäfte, für welche keine besondere Gebühr bestimmt ist.

Art. 64.

Die Arrha kann angerechnet werden, sobald ein contradiktorisches Verfahren stattgefunden hat, sey es, daß der Streit durch Erkenntniß, Verzicht oder Stattgeben seine Erledigung findet.

Findet nur ein nicht-contradiktorisches Verfahren im

Kontumazialwege oder wegen Zugeständnisses statt, so kommt nur die Hälfte der in Art. 62 Nr. 1) festgesetzten Gebühr in Anrechnung.

Kommt es in der Hauptsache in Folge einer Beweisaufforderung zum Beweise durch Zeugen, Sachverständige, Augenschein oder Urkunden, so erhöht sich die Arrha um die Hälfte.

Art. 73.

In weitläufigen oder verwickelten und verdunkelten Sachen wird dem Anwalte, wenn die taxmäßigen Gebühren als eine genügende Vergütung für den Aufwand an Zeit und Arbeit nicht erscheinen, eine dem entsprechende höhere Gebühr für die Information und für die mündliche Hauptverhandlung in Ansatz zu bringen gestattet. Er muß die erstere jedoch bei dem Gericht in der auf die Information folgenden ersten schriftlichen Eingabe, die letztere am Schlusse des Termins zur mündlichen Schlußverhandlung besonders rechtfertigen, und darf sie nur soweit in Rechnung bringen, als das Gericht sie ihm ausdrücklich zugebilligt hat.

Art. 87.

Bei Reisen darf als Ersatz für Fahrgebühr, insofern der Antritt der Reise ohne Nachtheil für den Reisezweck dem Fahrtenplane angepaßt werden kann, gerechnet werden:

1) auf Strecken, auf welchen Eisenbahnen bestehen, die doppelte Taxe für eine Person in 2. Wagenklasse;

2) wo solche fehlen, jedoch Dampfboote vorhanden sind, die doppelte Taxe für einen Platz der 1. Klasse (Salon);

3) wo weder die einen noch die andern, dagegen Eilposten stattfinden, die doppelte Eilposttaxe.

Die unter Nr. 1—3 bemerkten Taxen begreifen auch sämmtliche Nebenausgaben, z. B. für Gepäcktransport, Trägerlohn, Benützung von Gefährten von und zu den Bahnhöfen, Dampfschiffen und Posten u. s. w., in sich.

Art. 88.

Soweit die Benützung der unter Nr. 1—3 des vorhergehenden Artikels erwähnten Fahrgelegenheiten nicht möglich ist, darf für jede Poststation der doppelte Betrag der Extraposttaxe für zwei Pferde einschließlich aller Nebenausgaben angerechnet werden.

Die Hin- und Herreise wird hiebei jede für sich berechnet.

Bei Reisen über 4 Stunden findet für die keine volle Post ausmachenden einzelnen Stunden der obige Ansatz nach dem Zahlenverhältnisse statt.

Für Reisen unter 4 Stunden hingegen werden auf eine Entfernung von weniger als 4 und mehr als 2 Stunden $^3/_4$, und von 2 Stunden oder weniger, bis $^1/_2$ Stunde, wird die Hälfte der Extraposttaxe gerechnet. Für eine Entfernung von weniger als $^1/_2$ Stunde findet keine solche Anrechnung statt.

Art. 89.

Für die Zeitversäumniß auf Reisen haben die Rechtsanwälte ein Taggeld anzusprechen, welches für einen ganzen Tag 5 fl. und für einen halben Tag 3 fl. beträgt.

Art. 92.

Die Rechtsanwälte sind da, wo Eilposten zu benützen sind, im Interesse der Parteien verpflichtet, sich deren nach Umständen auch zur Nachtzeit zu bedienen. Ueber Anrechnung von Taggeld und Diäten in einem solchen Fall ist der Gemeinbescheid vom 17. Juli 1857 (Regierungsblatt S. 87 ff.) maßgebend.

Art. 93.

Als Vergütung der Mehrkosten über den gewöhnlichen Aufwand am Wohnorte darf bei Reisen für einen vollen Tag eine Diät von 3 fl. angerechnet werden.

Für einzelne Stunden über einen oder mehrere volle Tage werden jene verhältnißmäßig berechnet.

Dauert die Abwesenheit überhaupt weniger als 24 Stunden, so gelten 8 Stunden oder mehr für einen vollen,

und weniger als 8 Stunden, jedoch mehr als 2 Stunden, für einen halben Tag; für 2 Stunden oder weniger findet keine Diätenanrechnung statt.

Was zunächst das Prinzip dieser neuen Gebührenordnung betrifft, so wurde nicht verkannt, daß dasselbe manche Bedenken gegen sich hat. Im Allgemeinen sollte die Belohnung einfach der wirklichen Thätigkeit angemessen seyn, ein Rechtsstreit über ein geringes Streitobjekt kann aber eben so viel, oft auch mehr Zeitaufwand und Arbeitskraft in Anspruch nehmen, als ein Streit über eine große Summe. Gleichwohl hat es etwas dem natürlichen Sinn Widerstrebendes, daß die Größe der Kosten eines Prozesses von der Größe des Streitwerths schlechtweg unberührt bleiben soll, daß also ein Bagatellprozeß ebenso große Kosten soll veranlassen können, als ein Rechtsstreit über einen Werth von Tausenden. Einzelne Anwaltsordnungen haben deßhalb das System von Aversaltaxen (Pauschsätzen) angenommen, wobei die gesammte Thätigkeit des Anwalts beinahe ausschließlich nach der Größe des Streitobjekts belohnt wird. Die Anwälte von Baden haben sich im Jahr 1847 entschieden gegen dieses System ausgesprochen und dasselbe als ungerecht, unbillig und verderblich für die Rechtsuchenden sowohl als für die Advokaten bezeichnet. — Jedes dieser Systeme, einseitig festgehalten, ja überhaupt jede Taxordnung für geistige Arbeiten hat ihre Nachtheile.

Der vorliegende Entwurf sucht auch hier eine Vermittlung, indem er die Anwaltsgebühren nach dem Werthe des Streitgegenstands einerseits und andererseits nach dem Maaß der Thätigkeit und ihrer Bedeutung in verschiedenen Abstufungen regelt, wobei eine weitere Ausgleichung vorkommender Mißverhältnisse zwischen der Taxe und der wirklich geleisteten Arbeit theils durch die Bestimmung des Art. 73, theils durch die Zulassung besonderer Vereinbarungen über die anzuwendende Werthsklasse in Aus-

sicht genommen ist. — Man kann nicht in Abrede ziehen, daß das Festhalten des bisherigen Prinzips der Gebührenberechnung nach der gelieferten Arbeit ohne Rücksicht auf den Streitwerth nach Einführung des öffentlich mündlichen Verfahrens, durch welches überhaupt die neue Anwaltsordnung bedingt ist, kaum möglich, jedenfalls nicht räthlich ist. Die Thätigkeit des Anwalts im einzelnen Fall bietet nach diesem Verfahren keine solchen objektiven Anhaltspunkte mehr, wie nach dem bisherigen vorzüglich schriftlichen Verfahren. Sie liegt vornemlich in der Sammlung der Materialien und der Vorbereitung auf die mündlichen Verhandlungen, über welche diese selbst nur sehr unbestimmte Anhaltspunkte liefern. Wenn man hiernach auch die Grundsätze des Entwurfs im Allgemeinen als richtig anerkennt, so ist doch für die Frage, wie hoch die Ansätze im Einzelnen bemessen werden sollen, noch ein sehr weiter Spielraum offen. Der Entwurf geht, wie in den Motiven bemerkt ist, von der Absicht aus, den Verdienst der Rechtsanwälte im Vergleich zu den bestehenden Verhältnissen zu verbessern. Die Motive bemerken ferner, daß die Taxe des Entwurfs mit der hannover'schen Taxe ungefähr auf gleicher Höhe stehe und die preußische namhaft übersteige. Sodann ist es eine selbstverständliche Voraussetzung des Entwurfs, daß dessen Taxe nicht für einen halbbeschäftigten, sondern für einen vollbeschäftigten Anwalt berechnet ist, welcher so viele Aufträge hat, als er bei dem mündlichen Verfahren ohne übermäßige Anstrengung zu bewältigen vermag.

Wie sich bei der Besprechung mit den berufenen Anwälten ergeben hat, ist es allerdings sehr schwer, ohne ganz genaue, zur Zeit noch fehlende statistische Notizen sich ein sicheres Urtheil über die Wirkung der im Entwurf vorgeschlagenen Taxe auf die Einkommensverhältnisse des württembergischen Anwaltstandes zu bilden, und diese Unsicherheit muß daher zu besonderer Vorsicht in der Feststellung des Regulativs auffordern. Die übereinstimmende Ansicht

der einberufenen Anwälte ging jedoch dahin, daß der würtembergische Anwaltstand vermöge der besonderen in Würtemberg bestehenden Verhältnisse, bei der großen Theilung des Besitzes, nach dem projektirten, in den niedern Werthsklassen gegenüber von andern Tarifen sogar erhöhten Tarif in seiner materiellen Stellung verlieren und da dieselbe schon jetzt keineswegs glänzend ist, gefährdet würde. Die Anzahl der Rechtsstreitigkeiten mit einem Streitwerth über 500 fl. ist, abgesehen von den Städten, zumal nach Beseitigung der Feudallasten und einer Reihe hiemit zusammenhängender, früher Gerichte und Anwälte in steter Thätigkeit erhaltender Rechtsverhältnisse von größerem Belang, so klein, daß die Ausgleichung des Ausfalls an Verdienst bei den geringeren Werthklassen durch eine Mehreinnahme aus den höheren Werthklassen nur bei dem kleineren Theil der Anwälte wirken wird. Auch der Vortheil, mehr Aufträge als bisher übernehmen zu können, wird nur bei einer kleinen Zahl von Anwälten von Einfluß seyn, weil die Mehrzahl derselben schon jetzt nicht in der Lage war, wegen Mangels an Zeit Aufträge abzuweisen und weil eine in andern Staaten den Anwälten offenstehende Einnahmequelle, die Besorgung von liquiden Schuldklagen, von Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Fertigung von Testamenten, Verträgen, Verpfändungen, Inventuren, Theilungen, in Württemberg nur in seltenen Fällen dem Anwaltstand eröffnet ist. Einige konkrete Zahlen werden dieß beweisen. Um 2000 fl. zu verdienen, müßte nach dem vorgeschlagenen Tarif ein Anwalt 50 Prozesse über 200 fl. je in 4 Terminen zur Erledigung bringen. Daß er nach Zeit und Arbeitskraft weit mehr Fälle in Einem Jahr erledigen kann, ist selbstverständlich. Ob er aber, abgesehen von größeren Städten, in welchen sich die Praxis wiederum auf eine sehr große Anzahl von Anwälten vertheilt, auch bei aller Tüchtigkeit hiezu Gelegenheit hat, ist eine andere Frage. Kaum die Hälfte der Prozesse wird den Streitwerth von 200 fl. in Württemberg über-

steigen, die andere Hälfte wird im Durchschnitt unter 200 fl. sich in die erste und zweite Werthsklasse vertheilen, wornach ein Anwalt in Einem Jahr mit 100 in je 4 Terminen durch Erkenntniß erledigten Prozessen, wohl ein seltener Fall, höchstens circa 3000 fl. verdienen könnte.[1] Bedenkt man aber, daß mit dem mündlichen Verfahren eine starke Abnützung der Kräfte verbunden ist, daß erfahrungsgemäß diese anstrengende Thätigkeit nur im besten Alter möglich ist, daß mancher Verdienst wegen Zahlungsunfähigkeit des Schuldners gestrichen oder aus Mitleiden und anderen Rücksichten nachgelassen werden muß, so ist selbst unter Zugrundlegung dieser wohl zu günstigen Annahmen noch immer die materielle Existenz eines Württembergischen Anwalts nach der neuen Taxordnung nicht als gesichert zu betrachten. Die berufenen Anwälte sprachen sich daher einstimmig für die Nothwendigkeit einer Erhöhung des Regulativs aus. Hiebei wurde bezüglich der niederen Werthsklassen namentlich von einer Seite geltend gemacht, daß, wenn

[1] Wenn Beschorner in Schletter's Jahrbüchern Bd. 2, S. 36 bemerkt, daß die (niederere) preußische Taxordnung „sicherem Vernehmen nach als zu hoch erscheine und daß viele Advokaten, um ihren Clienten nicht unverhältnißmäßig viel abzufordern, noch unter der Taxe liquidiren", so mag dieß wohl nur bei liquiden Schuldklagsachen vorkommen, bei welchen durch die Werthstaxen nicht selten für die unbedeutendste, keine Vorbereitung erfordernde Thätigkeit enorme Summen sich ergeben. Hiedurch gleicht sich auch eine unzureichende Taxe in streitigen Rechtsfällen wieder aus, was aber für Württemberg nur in geringem Maße zutreffen wird, weil für liquide Schuldsachen in der Regel kein Anwalt angerufen wird. Daß die Ansicht von Beschorner wenigstens nicht allgemein ist, ergibt sich aus Schilderungen in der preußischen Gerichtszeitung über die Lage des preußischen Advokatenstandes, und wenn auch die deutsche Gerichtszeitung vom 9. März 1862 diese Schilderungen als in zu düstern Farben gehalten bezeichnet, so sagt doch auch diese Mittheilung nicht mehr, als daß „bei der beschränkten Zahl der Anwalts- und Notarstellen in Preußen von den Mitgliedern dieses Standes in der Regel drückende Nahrungssorgen fern bleiben."

auch die Gebühren für die Schriftsätze nicht erhöht werden wollten, weil der Schwerpunkt des neuen Verfahrens in die mündliche Verhandlung zu legen sey und gerade bei unbedeutenderen Streitsachen große Schriftsätze keine Begünstigung finden sollten, doch unbedenklich die Gebühr für die Arrha erhöht und die Gebühr für die Termine nach der darauf verwendeten Zeit unter Anwendung der bisherigen Taxe für den ganzen nnd halben Tag bemessen werden könnte. Von anderer Seite wurde auch die Erhöhung der Schriftsatzgebühr über die Ansätze des Entwurfs befürwortet. Welchen Erfolg diese Wünsche haben, ist zu erwarten. Jedenfalls wäre es von Interesse, wenn sich die verehrten Kollegen bemühen würden, statistische Notizen zur Beurtheilung dieser Frage zu sammeln und zu veröffentlichen. Zur Erleichterung der Berechnungen folgt am Schlusse dieser Mittheilung eine von Herrn Obertribunalrath v. Sternenfels dem Entwurf beigefügte Zusammenstellung der gegenwärtigen, der preußischen, der oldenburgischen Taxe und der Taxe des Entwurfs.

Am Schluß der Verhandlungen wurden von den anwesenden Anwälten noch zwei Wünsche ausgesprochen, mit welchen alle Anwälte Württemberg's einverstanden seyn werden,

1) es möchte den öffentlichen Rechtsanwälten, insoweit nicht zur Zeit in der bestehenden Gesetzgebung ein Hinderniß liegt,[2] die Einsicht der öffentlichen, namentlich der Gerichtsakten in ihrer Wohnung vorbehältlich der Exklusion des Einzelnen im Fall des Mißbrauchs gestattet, und

2) es möchte die Anwendung der Bittschriftenordnung

---

[2] Vergleiche die Bestimmungen der Strafprozeßordnung vom 22. Januar 1843, Art. 257, Z. 1, Art. 269, 381, 400 und 403, Art. 43 und 45 des Gesetzes vom 13. August 1849, Art. 8 und 32 der Königlichen Verordnung vom 25. Juli 1848, betreffend ein mündliches und öffentliches Anklageverfahren in Prozeßsachen, Art. 26, 100, 198 des Schwurgerichtsgesetzes vom 14. August 1849.

vom 30. März 1834 für die öffentlichen Rechtsanwälte beseitigt werden.

Je entfernter die wirkliche Einführung einer neuen Anwaltsordnung zur Zeit noch seyn möchte, um so dringender ist zu wünschen, daß die offenbar ungerechtfertigte Belästigung des Anwaltstandes in diesen zwei Punkten, bei deren letzterem auch der K. Geheimerath neuerdings wieder eine strengere Behandlung beliebt hat, ohne Verzug im Wege der Verordnung beseitigt werde. Bei den wohlwollenden Gesinnungen des K. Justizministeriums, welche sich auch bei jenen Verhandlungen in anerkennenswerther Weise kundgegeben haben, wird es wohl gestattet seyn, eine Abhilfe dieser Beschwerden in nicht allzuferner Zeit zu hoffen.[3]

---

[3] In Betreff des ersten dieser Wünsche ist, während diese Mittheilung sich im Druck befand, eine demselben entsprechende Verfügung des K. Obertribunals vom 13. Januar 1863 und mit Beziehung auf diese eine Verfügung des K. Justizministerium vom 22. Januar 1863 in Betreff der Mittheilung von Akten in Strafsachen ergangen. Nach dem Gemeinbescheid des Civilsenats des K. Obertribunals (Württemb. Regierungsblatt 1863, Nr. 1 vom 28. Januar, S. 3) sind in Civilsachen der Regel nach die Gerichtsakten dem Anwalt auf sein Verlangen in seine Wohnung gegen eine Empfangsbescheinigung mitzutheilen, nachdem dieselben geheftet oder numerirt sind, wobei die Kosten des letztern Geschäfts bei umfangreichen Hilfsakten von der Partei zu tragen sind. Nur wenn die Persönlichkeit des Anwalts keine genügende Garantie für die unversehrte Erhaltung der Akten gewährt, kann die Ausfolge verweigert werden. Auch sollen „wichtige Originalurkunden, sowie andere Aktenstücke, an deren unversehrter Erhaltung besonders viel gelegen ist, desgleichen Akten, welche dem Gerichte unter der Bedingung, daß sie nicht aus dessen Verwahrung kommen, anvertraut sind", nur auf der Gerichtskanzlei zur Einsicht gestellt werden. Diese Ausnahmen sind allerdings sehr dehnbar und so könnte bei einer strengen Auslegung auch nach diesem Gemeinbescheid wieder der eigenthümliche Fall eintreten, welcher dem Verfasser dieser Mittheilung und wohl auch andern Anwälten begegnet ist, daß Aktenstücke, an deren unversehrter Erhaltung sehr viel gelegen seyn mag, nachdem sie vielleicht Jahrelang unversehrt bei dem Anwalt aufbewahrt waren, mit dem Augenblick, in welchem sie dem Gericht übergeben wurden, für

diesen eine so fremde Sache werden, daß sie ihm nicht mehr zur Einsicht in seine Wohnung verabfolgt werden. Dieß wird wohl keinesfalls im Sinn jenes Gemeinbescheids liegen, vielmehr im Allgemeinen vorauszusetzen seyn, daß die von einem Anwalt producirten Urkunden der Regel nach diesem selbst auch jeder Zeit wieder zur Einsicht in seine Wohnung ausgefolgt werden. — Bezüglich der Einsicht der Akten in Strafsachen bestimmt die Verfügung des Königl. Justizministeriums (Regierungsblatt a. a. O.), daß, wo die Bestimmungen der Strafprozeßordnung vom 22. Juni 1843 zur Anwendung kommen, zu den Gründen, aus welchen die Einsichtnahme der Akten außerhalb der Gerichtskanzlei wegen besonderer Umstände ausnahmsweise gewährt werden kann, auch der Mangel eines für ungestörte Akteneinsicht passenden Gerichtslokals vorbehältlich der von dem Gesetz selbst vorgeschriebenen (Art. 275, Z. 1 der Strafprozeßordnung) und der sonst nach der Natur der Sache auch für die Aktenmittheilung in Civilsachen nach dem erwähnten Gemeinbescheid gebotenen Sicherheitsmaßregeln und Beschränkungen zu zählen ist. Hiemit ist das Königl. Justizministerium den Anwälten in der Berücksichtigung ihrer Wünsche bezüglich der Aktenausfolge jedenfalls so weit entgegengekommen, als dieß Angesichts der oben im Contexte angeführten gesetzlichen Bestimmungen, auf welche die Verfügung im Uebrigen verweist, im Verordnungswege geschehen konnte.

Nach bisherigem Tarif.

Uebernahme, erstes Gehör . . . . .
Vollmacht . . . .
Klagschrift 2 Bogen . . . .
Replik 3 Bogen . . . .
Mündliche Verhandlung . . . . . .
Beweismittel-Anzeige $1^1/_2$ Bogen . .
Erklärung auf die gegnerische Beweismitte
Anzeige . . . .
Beweisaufnahme-Verhandlungen . .
2 weitere Verhandlungen . . . .
2 weitere Schriftsätze . . . .
Rechtsausführung . . . .
für Audienzen . . . .
für Schreiben 2c. . . . .

Nach Preußischem Tarif, Ges. v. 12

	bei 50 fl.		bei 200 fl.		bei 500 fl.		bei 1
Tarif §.3.							
Bagatel-	Thlr.	Sgr.	Thlr.	Sgr.	Thlr.	Sgr.	Thlr
Sachen	2.	27.	—	—	—	—	—
Tarif §.4.							
A.	—	—	3.	$12^1/_2$.	6.	5.	9.
B.	—	—	1.	$21^1/_4$.	3.	$2^1/_2$.	4.
C.	—	—	1.	$21^1/_4$.	3.	$2^1/_2$.	4.
	2.	27.	6.	25.	12.	10.	19.
	oder		oder		oder		
	5fl. 4kr.		11fl. 57kr.		21fl. 35kr.		33f

Nach bisherigem Tarif.

Uebernahme, erstes Gehör . . 1 fl.
Vollmacht . . . . —

Inhalt.

I. Abhandlungen, Rechtsfälle und Gutachten.

II. Fragmente.

Seite

B. Prozeß.

Seite

III. Miscellen.

I.

Abhandlungen, Rechtsfälle und Gutachten.

1) Ist zur Entscheidung über den Ersatz der in Strafsachen — dem Beschädigten oder dem Angeklagten durch die freiwillige Beiziehung eines Rechtsanwalts — erwachsenen Kosten der Straf- oder der Civilrichter zuständig?

(Mitgetheilt von Herrn Gerichtsaktuar Bonhöffer in Neresheim).

Ueber diese Frage haben der Kriminal- und Civilsenat des Gerichtshofs in Ellwangen in 2 Fällen entgegengesetzte Entscheidungen getroffen, die in folgendem mitgetheilt werden.

I. In der Preßprozeßsache gegen A. B. von M. und Gen. hatte das Oberamtsgericht N. die Angeklagten durch Erkenntniß vom 1. Dezember 1859 freigesprochen und die Kläger Schultheiß M. und Gen. zur Bezahlung sämmtlicher Prozeßkosten verurtheilt, und in einer späteren Erläuterung dieses Urtheils ausgesprochen, daß unter den Prozeßkosten auch die Kosten der freiwilligen Vertheidigung der Angeklagten verstanden seyen. — Auf erhobene Beschwerde wurde von dem Kriminalsenate unter dem 2. Mai 1860 folgendes verfügt:

„In Betracht, daß unter Prozeßkosten in Strafsachen „Gerichtskosten" (cfr. Art. 19 des Gesetzes vom 13. August 1849) nur solche Kosten des Verfahrens zu verstehen sind, welche, wenn und soweit eine Verurtheilung in die Prozeßkosten nicht erfolgt, oder der zum Ersatz derselben verpflichtete Theil sie nicht zu erstatten vermag, der Staatskasse zur Last fallen, (Art. 446 d. St.-P.-O.) wozu insbesondere die durch freiwillige Vertheidigung

entstandenen Kosten (Art. 253, 441 d. St.-P.-O.) nicht gehören; — daß auch kein zureichender Grund vorliegt, um annehmen zu können, daß in dem (nach Art. 45 des Gesetzes vom 13. August 1849) auf Preßprozeßsachen, welche unzweifelhaft auch Strafsachen sind, anzuwendenden Art. 22 der Verordnung vom 25. Juli 1848 mit dem Ausdruck Prozeßkosten ein weitergehender Sinn als in der Strafprozeßordnung verbunden werden wollte; — in Erwägung ferner, daß nach Art. 8 der St.-P.-O. die Gerichte nicht befugt sind, in Strafsachen über solche durch die Untersuchung veranlaßte Kosten, welche nicht unter den gesetzlichen Begriff von Prozeßkosten fallen, zu erkennen; so hat das Oberamtsgericht indem es durch sein Straferkenntniß vom 1. Dezember v. J. — der von ihm selbst erklärten Auslegung desselben zu Folge — die Kläger in weitere Kosten, insbesondere in die Kosten der freiwilligen Vertheidigung der Angeschuldigten verfällte, seine Zuständigkeit als Strafgericht überschritten. — Man hat daher auf die von den Klägern erhobene Nichtigkeitsklage in Gemäßheit der Art. 34 und 389 d. Straf-Proz.-O. beschlossen, das Erkenntniß des Oberamtsgerichts insoweit hiedurch die Kläger in Kosten, welche nach dem Obigen nicht als Prozeßkosten im Sinne des Gesetzes angesehen werden können, verfällt wurden — unter Uebernahme der hiedurch etwa veranlaßten Kosten auf die Staatskasse aufzuheben; wogegen den Beklagten überlassen bleibt, ihre etwaigen Ansprüche auf den Ersatz der fraglichen Kosten im Civilrechtswege geltend zu machen."

II. Die Gemeinderäthe M. und N. von G. hatten gegen den Schultheißen G. von da wegen Ehrenkränkung und anderer Vergehen zuerst bei den Administrativbehörden und sodann bei dem Oberamtsgericht N. Klage erhoben und betrieben dieselbe durch einen Rechtsanwalt. G. wurde durch Erkenntniß des Oberamtsgerichts v. 9. Nov. 1861 wegen erschwerter Ehrenkränkung neben Verfällung

in die Kosten der Untersuchung zu einer Geldbuße von 15 fl. verurtheilt. — Die Kläger versuchten anfänglich die Kosten, die ihnen durch Aufstellung eines Anwalts und verschiedene Reisen behufs der Betreibung ihrer Klage erwachsen waren, im Betrag von 66 fl. 10 kr. als Untersuchungskosten, worüber durch das oberamtsgerichtliche Erkenntniß entschieden worden war, geltend zu machen, wurden jedoch von dem Oberamtsgericht N. mit diesem Antrag zurückgewiesen, weil diese Kosten nicht zu den Untersuchungskosten gehören. Hierauf wurde von den Klägern eine Civilklage auf Ersatz dieser Kosten gegen den Schultheißen G. eingereicht, dieselbe jedoch durch Erkenntniß des Oberamtsgericht N. vom 25. Juni 1862 aus dem materiellen Grunde abgewiesen, weil es der Hilfe eines Rechtsanwaltes zur Erhebung und Betreibung der fraglichen Strafklage nicht bedurft habe, und die hiedurch erwachsenen Kosten daher unnöthig aufgewendet worden seyen, dem Beklagten daher auch deren Ersatz nicht aufgebürdet werden könne. Dieses Erkenntniß wurde von dem Civilsenat in Ellwangen unter dem 15. September 1862 wegen Unzuständigkeit der Civilgerichte aufgehoben und zur Begründung hiefür in dem Erlaß folgendes gesagt:

„Nachdem der Beklagte auf die von den Klägern erhobene Strafklage durch rechtskräftiges Erkenntniß des Oberamtsgerichts vom 9. November 1861 zu einer Geldbuße und in die Untersuchungskosten verurtheilt worden ist, fordern die Kläger auf dem Civilrechtsweg Ersatz des Aufwandes, welchen sie für Betreibung dieses Strafverfahrens mit Zuziehung eines Rechtsbeistandes gemacht haben. Allein wie das Strafverfahren selbst, so gehören auch die durch dasselbe veranlaßten Kosten nicht der Sphäre des Privatrechts an.

Bei einer Strafsache erstreckt sich die Entscheidung zugleich auf die Prozeßkosten, (St.-P.-O. Art. 8, Nr. 1, Art. 441 ff.) der Strafrichter hat somit darüber zu entscheiden, wem die aufgelaufenen Kosten zur Last fallen

und den Betrag derselben festzusetzen; er allein ist auch in der Lage, zu beurtheilen, welche Kosten durch die Untersuchung veranlaßt, oder von einem Dritten verschuldet sind. Wird von dem Strafrichter der Ersatz derartiger Kosten nicht verfügt, so ist es unstatthaft, sie noch auf den Civilrechtsweg zn bringen. Die privatrechtlichen Ansprüche auf Schadensersatz, welche außer der Klage auf öffentliche Bestrafung oder Privatgenugthuung zulässig sind, (Gesetz über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen vom 5. September 1859 Art. 18. vgl. St.-P.-O. Art. 8 Nr. 2) heben eine durch die Ehrverletzung unmittelbar bewirkte Vermögensbeeinträchtigung zum Gegenstand (vgl. das angef. G. vom 5. Spt. 1839, Art. 33, Abs. 2) während die eingeklagten Kosten nur in Folge des von den Klägern beantragten Strafverfahrens entstehen konnten.

Man will daher das über die bezeichnete Ersatzforderung gefällte Erkenntniß des Oberamtsgerichts vom 25. Juni d. J. sammt dem Sportelansatz wegen Unzuständigkeit der Civilgerichte aufgehoben haben."

---

2) Bemerkungen zu vorstehenden Entscheidungen.

(Von Herrn Oberjustizrath Beyerle in Stuttgart.)

Die Entscheidung des Civilsenats des K. Gerichtshofs in Ellwangen ist wohl schwer zu rechtfertigen, während die von dem Kriminalsenat des K. Gerichtshofs gegebene Entscheidung mindestens zweifelhaft erscheint. Allerdings — der oberste Satz, von welchem beide Senate ausgehen, daß nemlich zum Erkenntniß über die Kosten eines Strafprozesses die **Straf**gerichte und zwar **ausschließlich** zuständig seyen, läßt sich nicht beanstanden und ist auch von den beiden Senaten des obersten Gerichtshofs anerkannt.

In einem gutächtlichen Bericht vom 13. Juni 1854 über die Frage:

welche Grundsätze rücksichtlich der Zuscheidung der Prozeßkosten in dem Falle in Anwendung zu bringen seyen, wenn ein vor einen Schwurgerichtshof verwiesener Angeklagter vor erfolgter schwurgerichtlicher Entscheidung mit Tod abgeht —

wurde zunächst von dem Kriminalsenat des Königl. Obertribunals dahin sich entschieden, daß durch den Strafrichter eine Verpflichtung des Nachlasses des verstorbenen Angeklagten zur Tragung der Untersuchungskosten niemals ausgesprochen werden könne, und die Staatskasse, welche immer eintreten müsse, wenn die Kriminalprozeßkosten sonst Niemand zugeschieden werden können, in dem bezeichneten Falle in das Mittel zu treten habe. (Der Kriminalsenat hatte schon früher, Beschluß vom 13. Mai 1851, aus dem Art. 181 des Schwur-Ger.-Gesetzes die Folgerung gezogen, daß die Kosten einer wegen eines vor die Schwurgerichtshöfe gehörigen Verbrechens geführten Voruntersuchung, wenn solche eingestellt wird, stets der Staatskasse zur Last fallen, und dieser Grundsatz wurde nun auch noch für den weitern Verlauf des Verfahrens, insolange noch keine schwurgerichtliche Entscheidung erfolgt wäre, anwendbar gefunden.)

Am 27. Juli 1854 hat sodann der Civilsenat des K. Obertribunals die Frage, ob die Staatskasse etwa im Civilrechtsweg, — durch eine gegen die Erben des verstorbenen Angeklagten zu erhebende Klage — zum Ersatz jener Kosten gelangen könne, verneinend beantwortet. Aus der Motivirung sind als hierher bezüglich folgende Sätze auszuheben: „Die Einleitung einer strafgerichtlichen Untersuchung gehört unzweifelhaft dem öffentlichen Rechte an und der Staat ist es, in dessen Namen aus öffentlich-rechtlichen Gründen die Untersuchung gegen den Verdächtigen eingeleitet wird, — einzelne gesetzlich be-

stimmte Ausnahmen abgerechnet, in welchen die Untersuchung und Strafe eines Verbrechens von der Klage des beschädigten Privaten abhängig gemacht ist. Die Einleitung und Weiterführung einer Untersuchung bis zu deren Erledigung ist dem Strafrichter allein zugewiesen und es hat dieser, auch nach der ausdrücklichen Bestimmung der Straf-Proz.-O., zugleich über den Kostenpunkt, ja sogar nach Umständen auch über die privatrechtlichen Ansprüche zu erkennen. Daß in irgend einem Falle dem Civilrichter eine Entscheidung in einer Untersuchungssache hinsichtlich eines die Untersuchung selbst betreffenden Theils derselben und besonders hinsichtlich der Untersuchungskosten, welche als ein Nebenpunkt mit der Hauptsache der Untersuchung über die strafbare Handlung des Beschuldigten in Verbindung stehen, zugewiesen oder überlassen seyn solle, hiefür liegt nicht nur keine gesetzliche Bestimmung vor, durch welche der angeführte gesetzlich anerkannte Grundsatz der Zuständigkeit des Kriminalrichters, auch nur etwa ausnahmsweise für gewisse Fälle, abgeändert wäre, sondern es folgt dieser Grundsatz von selbst auch aus der öffentlich-rechtlichen Natur einer strafgerichtlichen Untersuchung und aus der Abscheidung der Wirksamkeit der Strafgerichts- und der Civilgerichtsbehörden, und wenn der Kriminalrichter selbst in den Art. 441—445 der Straf-Proz.-O. für die Beurtheilung der Frage, wem die Kosten einer Untersuchung zuzuscheiden seyen, zum Theil auf civilrechtliche Grundsätze über Verschuldung hingewiesen ist, so kann dieß an der ausschließlichen Zuständigkeit des Kriminalrichters, hierüber Entscheidung zu geben, so wenig etwas ändern, als ja diese Grundsätze und Normen gerade dem Strafrichter zur Vollführung seines Amtes vorgeschrieben sind, wie denn ja auch die öffentlich-rechtliche Natur der Untersuchungskosten ebenfalls wieder in den Bestimmungen des Art. 446 der Straf-Proz.-O. unverkennbar hervortritt." ... (An diese Ausführung schließt sich noch der

Nachweis an, daß durch das Schwurgerichtsgesetz eine Abänderung jener Grundsätze nicht eingetreten sey.)

Hienächst hat der Kriminalsenat des K. Ober-Trib. in einem Beschluß vom 7.—13. März 1856, betreffend die Zuständigkeit der Dienstaufsichtsbehörde zur Entscheidung über Entschädigungsansprüche gegen Beamte in Fällen, welche in der Strafrechtspflege vorkommen können, Folges bemerkt:

„Ueber Kriminalprozeßkosten darf lediglich der Strafrichter erkennen .. Denn indem, was die gewöhnlichen Kriminalfälle angeht, im Art. 8 der Straf-Proz.-O. (vgl. Art. 354, 81, 261, 408, 454) die Criminalgerichte für zuständig zur Entscheidung über die Prozeßkosten erklärt werden, wurde zugleich die Inkompetenz anderer Behörden hiefür ausgesprochen. Der enge Zusammenhang, in welchem die Entscheidung im Kostenpunkt mit dem Gang und dem Ergebniß der Untersuchung selbst steht, und die Wichtigkeit jener Entscheidung, namentlich in pekuniärer Beziehung, mußte es als nothwendig erscheinen lassen, die vermöge der öffentlich-rechtlichen Natur ihres Gegenstandes an sich der Administrativ-Justiz angehörige Entscheidung über die Kosten eines Kriminalprozesses den unabhängigen Gerichten anzuvertrauen und mit der Entscheidung in der Hauptsache zu verbinden, wodurch die Garantieen des Kriminalverfahrens auch für das Erkenntniß über den Kostenpunkt gewonnen und Widersprüche zwischen diesem Theile der Entscheidung und der Entscheidung in der Hauptsache am sichersten vermieden werden. Die hieraus für die Straf-Proz.-O. erwachsene Aufgabe, die Fälle, welche bei der Entscheidung über den Kostenpunkt eintreten können, zu erschöpfen, ist in den Art. 451 ff. gelöst und gerade dadurch, daß sie diese Fälle erschöpfte, beweist sie wiederum, daß sie keinen übrig lassen wollte, in welchem eine weitere Entscheidung von Seiten einer andern Behörde ergänzend eintreten könnte. Auch aus dem Schluß-Art. 446 Abs. 1 sieht

man, daß die Straf-Proz.-O. mit der Entscheidung des Kriminalrichters den Kostenpunkt definitiv zur Erledigung bringen wollte. Von denselben Ansichten ging man bei den Kammerverhandlungen über den Entwurf der St.-P.-O. aus. Der Kammerbeschluß, es sey mit Art. 418 des Entw. (Art. 441) nicht gemeint, den Civilansprüchen, die auf eine unrechtliche Handlung sich gründen, irgend eine Grenze zu setzen, sah von den eigentlichen Untersuchungskosten ganz ab und hatte nur die Kosten der freiwilligen Vertheidigung und anderen Schaden, der einem Angeschuldigten, namentlich in Folge falscher Denunciation, widerrechtlicher Handlungen des Untersuchungsrichters, erwachsen war, im Auge: eine weitere Entscheidung über die eigentlichen Untersuchungskosten hielt man augenscheinlich nicht für nothwendig, weil der Artikel für alle Fälle ausreichte. ..."

Im weiteren Verlauf der Ausführung des Kriminalsenats wird noch gezeigt, daß, wenn auch das Schwurgerichts-Gesetz von der Straf-Proz.-Ord. insofern abweiche, als dasselbe nur von einer Verurtheilung des Angeklagten in die Prozeßkosten spreche, — doch hieraus nicht gefolgert werden dürfe, es solle, wenn der Angeklagte nicht kostenfällig werde, dem Staate zustehen, andere Personen, welche die Untersuchung oder einen Theil derselben verschuldet haben, etwa im Wege der Administrativjustiz wegen des Ersatzes der Kosten in Anspruch zu nehmen.

Ist nun auch dem Bemerkten zufolge der Satz, von welchem die beiden Senate des Gerichtshofs in Ellwangen ausgegangen sind, über alle Anfechtung erhaben, so muß doch die Entscheidung des Civilsenats für eine unrichtige darum gehalten werden, weil der Anschauung, welche dabei vorgewaltet, als ob die Kosten, um welche es sich in dem konkreten Fall gehandelt hat, Strafprozeßkosten im Sinne des X. Titels der Straf-Prozeß-Ordnung wären, nicht bei-

gepflichtet werden kann. Es steht im Einklang mit dem dem Untersuchungsprozeß zu Grund liegenden Prinzip, daß der Aufwand, welcher durch die Ausübung der Strafgerichtsbarkeit im besonderen Fall verursacht wird, von dem Staat oder dem sonstigen Inhaber jener Gerichtsbarkeit vorschußweise bestritten wird, worauf im Endurtheil die Entscheidung erfolgt, wer aus dem Grund der Verschuldung die Kosten zu tragen habe, so daß die Kosten auf der Staats- (oder Gerichts-)kasse lasten bleiben, wenn im Endurtheil gegen Niemanden oder nur gegen einen Zahlungsunfähigen die Verbindlichkeit zur Erstattung ausgesprochen wird. Es ist aber einleuchtend, daß dieß Alles nur von demjenigen Aufwand gelten kann, welcher von dem Gericht als dem Organ des Gesetzes im Interesse der materiellen Gerechtigkeit oder nach formellen Prozeßvorschriften zu machen war. Daß die Straf-Prozeß-O. nicht alle aus Anlaß eines Strafprozesses irgend wie und irgend wem entstehenden Kosten zu den Srafprozeßkosten rechnet, zeigt der Art. 441, der bestimmt, welche Kosten unter den Kosten eines Strafprozesses zu verstehen seyen, ganz klar. Es mag jedoch, was dießfalls in dem zuletzt erwähnten Beschlusse des Kriminalsenats des K. Obertribunals bemerkt ist, hier aus den ständischen Verhandlungen über den Entwurf der Straf-Proz.-Ord. eine ausführlichere Begründung erhalten.

In dem dem Art. 441 der Straf-Proz.-O. entsprechenden Art. 418 des Entwurfs fehlte noch das Wort „nothwendige“ vor „Vertheidigung.“ Davon nahm der Abg. Veiel Veranlassung zu dem Antrag, auch die Kosten der „Rekursausführung“ in den Artikel aufzunehmen, indem er geltend machte, daß es nicht gerechtfertigt sey, zwischen den Kosten der „Vertheidigung“ und denen der Rekursausführung einen Unterschied zu machen, und daß daher, wenn in dem Artikel unter den Prozeßkosten, welche zunächst der Schuldhafte zu tragen, die aber in Gemäßheit

des Entwurfs-Artikels 424 (jetzt Art. 446), falls ein Schuldhafter zu ihrer Tragung nicht verurtheilt werden könne, die Staatskasse zu übernehmen haben solle, die Kosten der Vertheidigung genannt seyen, auch die Kosten der Rekursschrift aufgenommen werden sollten. Allein dieser Antrag fand nirgends Anklang. Bei der Berathung über denselben wurde vor Allem festgestellt, daß der Art. 418 nur von den Kosten der nothwendigen Vertheidigung rede, überhaupt nur die sog. nothwendigen Prozeßkosten bezeichne; und daß es neben diesen Kosten willkührliche Prozeßkosten gebe, zu welchen die Kosten der freiwilligen Vertheidigung, Rekursausführung ꝛc. zu zählen seyen. Sodann wurde anerkannt einerseits, daß für die erste Kategorie die Vorschriften der Straf-Proz.-O. über die Verbindlichkeit zur Bezahlung der Prozeßkosten, Art. 441—446, ertheilt seyen, — andererseits, daß die „nicht nothwendigen" Prozeßkosten der Angeschuldigte, der sie aufgewendet, bezahlen müsse — nicht in Folge des Entwurfs-Art. 418, sondern „weil er dabei privatim gehandelt habe" — „nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen"; daß diese Kosten der Staatskasse niemals aufgebürdet werden können; daß hingegen der Angeschuldigte den falschen Denuncianten oder schuldhaften Richter wegen der Erstattung derartiger durch ihr Verschulden veranlaßter Kosten und zwar im Civilrechtswege in Anspruch nehmen könne. Um jedem Zweifel, der sich wider die letztere Annahme erheben könnte, zu begegnen, wurde sofort der von der Kammer der Standesherren und der Staatsregierung gebilligte Beschluß gefaßt, als Voraussetzung auszusprechen, „daß durch den Art. 418 (jetzt Art. 441) den Ersatzansprüchen aus einer rechtswidrigen Handlung nicht präjudizirt werde." [1]

[1] Verh. d. K. d. Abg. von 1842/43. Prot.-Bd. 5, Sitz. 67, S. 14 ff. (insbes. Veiel, S. 14 ff., v. Bezzenberger, S. 17. 20, Scheurlen, S. 15, Knapp, S. 18, 20, v. Prieser, S. 19) Bd. 15, Sitz. S. 345, 438, 583.

In der gleichen Sitzung der Kammer der Abgeordneten wurde bei der Berathung des Art. 420 (jetzt Art. 443), welcher die Anwendung des in Art. 418 (jetzt Art. 441) aufgestellten allgemeinen Grundsatzes über die Verbindlichkeit zur Erstattung der Prozeßkosten auf Denuncianten und Richter zum Gegenstand hat, das Bedenken geäußert: wenn nicht ausdrücklich bestimmt würde, daß die von dem falschen Denuncianten oder fahrläßigen Richter zu erstattenden Prozeßkosten in einer weiteren Bedeutung als in dem blos die nothwendigen Prozeßkosten begreifenden Entwurfs-Artikel 418 (441) zu verstehen seyen, so würde der Civilrichter, an die Begriffsbestimmung des eben gedachten Artikels sich haltend, eine von dem Angeschuldigten wider den Denuncianten oder Richter erhobene Klage auf Erstattung der für Jenen sonst durch den Prozeß veranlaßten Kosten, insbesondere der Kosten einer freiwilligen Vertheidigung abweisen. Um dieser Konsequenz vorzubeugen, wurde beschlossen, es solle dem Artikel die Bestimmung beigefügt werden, daß „unter den Prozeßkosten, welche dem Denuncianten oder Richter zur Last fallen, nicht blos die nothwendigen Kosten des Art. 418 begriffen seyen, sondern überhaupt alle von dem Angeschuldigten befugterweise aufgewendeten Prozeßkosten." Dieser Zusatz wurde nun zwar von den beiden andern gesetzgebenden Faktoren abgelehnt, jedoch nicht etwa darum, weil sie in der Sache nicht einverstanden gewesen wären, sondern darum, weil sie ihn entbehrlich fanden, wofür sich die Staatsregierung insbesondere auf die zu Art. 418 ausgesprochene, vorhin erwähnte Voraussetzung bezog.[2]

Sonach wurde bei Gelegenheit der Berathung des Art. 443 wiederholt anerkannt, daß im Art. 441 nur

---

[2] 67. Sitz. S. 28, 32 (insbes. die Aeußerungen des Präsidenten, S. 28—30, Knapp's, S. 28, 30, 31, Rümelin's v. W., S. 30., v. Rümelin's, S. 30, Scheurlen, S. 32, Verh. Bd. 15, S. 345—46, 583, 931.

bestimmt sey, welche Kosten zu den eigentlichen, den sog. nothwendigen gehören, und daß nur für diese Kosten die in dem X. Titel ertheilten Vorschriften gelten. Es ist nun aber nicht nur eine an und für sich gerechtfertigte Annahme, daß auch der Art. 8 der Strafprozeßordnung, welcher die ausschließliche Kompetenz des Strafrichters für die Entscheidung über die Prozeßkosten festsetzt, blos die Prozeßkosten in dem bezeichneten Sinne im Auge hat, sondern es erhellt aus dem Angeführten, daß bei der Berathung des Entwurfs der Strafprozeßordnung alle Faktoren in dem ausdrücklichen Anerkenntnisse sich vereinigten, es solle rücksichtlich der freiwilligen Prozeßkosten weder an den bisher in Geltung gewesenen civilrechtlichen Grundsätzen über die Bedingungen, unter welchen der in eine Untersuchung Verwickelte von dem falschen Denuncianten, nachlässigen Richter &c. die Erstattung verlangen kann, noch an der Kompetenz des Civilrichters zur Entscheidung über diese Ansprüche etwas verändert werden.

Daß die Kosten, welche ein an seiner Ehre Angegriffener für die Honorirung eines von ihm zur Anhängigmachung und Betreibung seiner Strafklage bevollmächtigten Rechtsanwalts, sowie für Reisen, die behufs der Betreibung der Angelegenheit von ihm gemacht werden, aufwendet, ebenfalls nicht zu den Kosten des Strafprozesses im Sinn des Art. 441 der Strafprozeßordnung gehören, bedarf keiner weiteren Begründung. Die Kompetenz der Civilgerichte in Betreff der Entscheidung über Ansprüche auf Ersatz von Kosten, die im Zusammenhange mit einem Strafprozeß stehen, beginnt aber da, wo die durch die Begriffsbestimmung des Art. 441 begrenzte Kompetenz der Strafgerichte aufhört; demnach scheint nicht bezweifelt werden zu können, daß das Oberamtsgericht Neresheim zu der von dem Civilsenat des K. Gerichtshofs wegen Unzuständigkeit kassirten Entscheidung in der That zuständig war.

In Betreff der Entscheidung des **Kriminalsenats** des K. Gerichtshofs hingegen, welche die Kosten der Vertheidigung des Angeklagten in einem (bezirksgerichtlichen) **Preßprozeß** zum Gegenstand hatte und gleichwohl die Grundsätze der Strafprozeßordnung von 1843 zur Grundlage genommen hat, fragt es sich, ob nicht Letzteres mit Unrecht geschah.

Nach den Grundsätzen der Straf-Prozeß-Ordnung vom 22. Juni 1843 haben diejenigen Untersuchungen, deren Einleitung nicht von Amtswegen erfolgt, sondern durch eine Klage des Beleidigten oder Beschädigten bedingt ist, nur das Besondere, daß die Eröffnung der Untersuchung von dem Vorhandenseyn jener Klage abhängig ist, und daß bis zu einem gewissen Abschnitt des Prozesses der Beleidigte oder Beschädigte durch die Zurücknahme seiner Klage den Fortgang der Untersuchung hemmen kann. Abgesehen hievon hat der Kläger keine maßgebende Einwirkung auf Beginn, Richtung und Schluß des Strafverfahrens; seine Person tritt überhaupt ganz zurück, sobald einmal geklagt ist, und wie in allen sonstigen Beziehungen, so gelten auch bezüglich der Stellung des Beklagten im Prozeß die allgemeinen Vorschriften. Daher war es denn keineswegs nöthig, hinsichtlich der Verbindlichkeit zur Erstattung der Prozeßkosten für jene Ausnahmsfälle besondere Bestimmungen zu treffen. Was namentlich die Verpflichtung des Klägers zur Kostenerstattung anbelangt, konnten die Art. 441, 443 als ausreichend gelten; erst das Gesetz vom 13. August 1849 hat im Art. 19 Abs. 3 für den Fall des Verzichts auf die Klage eine singuläre, den Kläger unter allen Umständen zum Ersatz der aufgewendeten Gerichtskosten verpflichtende Bestimmung beigefügt.

Nun nehmen aber in dem Strafverfahren, für welches die K. Verord. vom 25. Juli 1848, betreffend ein mündliches und öffentliches Anklageverfahren in Preßprozeßsachen, beziehungsweise die Art. 37—45 des Gesetzes vom

13. August 1849 maßgebend sind, sowohl der klagende Beleidigte als der Beklagte eine ganz andere Stellung ein, als in den Prozessen, für welche die Straf-Proz.-O. von 1843 die ausschließliche Norm bildet. In jenen Preßprozeßsachen erscheinen der klagende Beleidigte und der Beklagte als Parteien, denen ein wesentlicher Einfluß auf den Gang des Verfahrens eingeräumt ist; das Strafverfahren geht in beiden Instanzen, unerhebliche Ausnahmen abgerechnet, in der Form eines Rechtsstreites vor sich. Die Parteien müssen zu dem Hauptverfahren in erster, zur Verhandlung über den Rekurs in zweiter Instanz vorgeladen werden und der Kläger muß in erster Instanz, der Rekurrent in zweiter Instanz der Ladung Folge leisten, wenn sie nicht des Klag-, beziehungsweise Rekursrechts verlustig gehen wollen. Als eine Konsequenz, des hier zur Anerkennung gelangten Prinzips der Privatanklage ist sodann die Bestimmung des Art. 22 jener Verord. aufzufassen, wonach in solchen Sachen „der Privatkläger für die Prozeßkosten haftet, soweit sie dem Angeklagten nicht zuerkannt werden,“ eine Bestimmung, durch welche die Art. 441, 443, 446 der St.-Proz.-O. insoweit eine Abänderung erhalten, als danach in jenen Sachen, wenn dem Angeklagten die Prozeßkosten nicht zugeschieden werden können, immer der Kläger in dieselben zu verfällen ist, ohne Unterschied, ob ihm eine wissentliche falsche oder leichtsinnige Anklage zum Vorwurf gemacht werden kann, oder ob ihn ein solcher Vorwurf nicht trifft, der Kläger somit den Streit auf seine Gefahr und Kosten führt.

Allein auch bezüglich der Beiziehung von Rechtsanwälten sind in den bezeichneten Preßprozeßsachen ganz andere Grundsätze und Verhältnisse zur Geltung gekommen. In diesen Sachen können die beiden Parteien im Hauptverfahren sich vertreten lassen in der Weise, daß der Vertreter ganz an die Stelle des Vollmachtgebers tritt und wie der Bevollmächtigte im Civilprozeß für Letzteren den Prozeß führt,

und es ist diese Befugniß nur durch die Bestimmung beschränkt, daß die Parteien zum Vertreter Niemanden als einen geprüften Rechtsgelehrten wählen dürfen. (Art. 10—11 der Verord., Art. 44 des Gesetzes vom 13. August 1849). Während ferner das Gesetz vorschreibt, daß, wenn die Parteien sich eines Beistandes bedienen wollen, von ihnen hiezu wieder ein geprüfter Rechtsgelehrter gewählt werden muß und die Rechtsfreunde zu den Verhandlungen vorzuladen sind, bringt es die Form des Verfahrens mit sich, daß die Streitenden, wenn sie nicht selbst Rechtskenntnisse besitzen, einen derartigen Prozeß ohne einen rechtsgelehrten Beistand zu führen kaum jemals sich getrauen werden, vielmehr wohl immer zur Vertheidigung ihrer Rechte die Honorirung eines solchen Beistands aufzuwenden sich gezwungen finden dürften.

Bei Erwägung der im Bisherigen angedeuteten Eigenthümlichkeiten der Prozesse der bezeichneten Gattung kann zuvörderst die Annahme einem Bedenken nicht unterliegen, daß in solchen diejenigen Kosten, welche durch das persönliche Erscheinen des Klägers und des Angeklagten bei den gedachten Tagfahrten verursacht werden, zu den (eigentlichen) Prozeßkosten gehören, über welche in dem Endurtheil zu entscheiden ist, und daß das Gleiche von den Gebühren der Anwälte gilt, welche als Vertreter der Parteien — statt der Letzteren — thätig waren. Indeß wird wohl noch weiter gegangen und von denjenigen Kosten, welche die neben den Partrien — als deren Beistände funktionirenden Advokaten verursachen, das Nämliche behauptet werden dürfen.

Hiemit soll natürlich nicht gesagt seyn, daß dann, wenn die zu Bezahlung der Prozeßkosten verurtheilte Partei solche nicht zu bezahlen vermag, nach Art. 446 der Straf-Proz.-O. die Staatskasse für dieselbe auch wegen jener Kosten einzutreten habe; das Verhältniß des Staats oder sonstigen Inhabers der Gerichtsbarkeit in Beziehung auf die Kosten ist nur zu Gunsten

des Staats 2c. durch die Preßprozeßgesetzgebung (durch Art. 22 der Verordn.) geändert worden; eine über den Art. 441 der Straf-Proz.-O. hinausgehende Erweiterung seiner Verpflichtung läßt sich in keiner Weise begründen.

Für die hier entwickelte Ansicht kann endlich ein Beschluß des Kriminalsenats des K. Obertribunals vom 16. September 1851 i. c. Dillenius c. Elsner angeführt werden, dahin lautend: „Da die K. Verordnung vom 25. Juli 1848 und das Gesetz vom 13. August 1849 in Preßprozeßsachen ein kontradiktorisches Verfahren festsetzen, somit die Analogie des Civilverfahrens auch im Kostenpunkt entscheidend ist, und da überdieß der Art. 9 der Verordnung die Ladung des von der Partei benannten Rechtsfreundes ausdrücklich vorschreibt, so sind auch die Kosten der Advokaten unter den Prozeßkosten begriffen und die Anrechnungen im Maßstab der Advokatentaxe passierlich."

---

3) Die Form der Schenkung von Todes wegen nach württembergischem Recht.

(Von Oberjustizrath Dr. Kübel.)

Wie nach römischem Rechte mit Rücksicht auf die Bestimmung der cst. 4 Cod. de don. m. c. (8, 57), so ist es auch nach württembergischem Rechte im Hinblick auf die Bestimmung des Landrechts Thl. II. Tit. 19. eine bestrittene Frage, ob derjenige, welcher eine Schenkung auf den Todesfall machen will, an die Forn der Zuziehung von fünf Zeugen gebunden ist, oder ob die Schenkung von Todes wegen auch in der Form einer Schenkung unter Lebenden erfolgen kann. Bezüglich des römischen Rechts wird man die Ansicht für die richtige zu erkennen haben, welche auch bei der Schenkung von Todes wegen gestattet, die Form einer Schenkung unter Lebenden zu

wählen,[1] worauf jedoch hier nicht weiter eingegangen werden soll. Anders aber verhält es sich nach württembergischem Recht, indem nach der angeführten Bestimmung des Landrechts eine Schenkung von Todes wegen nur durch die Zuziehung von fünf Zeugen, und ausnahmsweise bei der Schenkung vom Vater an ein Kind durch die Zuziehung von zwei Zeugen giltig wird. Schon das erste und zweite Landrecht bestimmte in dem Titel: „Von Gaben, so Todtshalben beschehen" ganz allgemein: „Doch werden zu solchen Vergabungen fünff Zeugen erfordert, Es were dann, das ein Vatter seinen Kindern der massen vergaben wolt, in wölchem Fall zwen Zeugen gnug sein"[2] Das dritte Landrecht wiederholt diese Bestimmung fast wörtlich, indem dasselbe in Thl. II. Tit. 19: „Von Gaben so Todes wegen geschehen" §. 1 besagt: „Inmassen dann auch zu solchen Vergabungen regulariter fünf Zeugen erfordert worden; es wäre dann, daß ein Vater seinen Kindern dergestalt etwas vergaben wollte, in welchem Falle genugsam, wenn zwei Zeugen dabei gewesen." Nur hat diese Bestimmung in dem dritten Landrecht noch den Zusatz erhalten: „Es ist aber nicht von nöthen, daß diese Vergabung, gegen wen auch solche geschehen, in Schriften verfaßt oder vor Gerichte insinuirt und fürgebracht werde", und aus der Relation des „Dr. Jakob Haugens" ergibt sich, daß dieser Beisatz „zu mehrer erleutterung dieser donation" erfolgt ist und „weyl in diesen donationibus causa mortis, Wie hoch dieselbige Auch seyen, ... (Wa sie allein mit Fünff Zeugen beweyßlich,) keiner Insinuation, oder einiches briefflichen scheinß bedürfftig, per textum expressum in dict. L. fin. Cod. de don. causa mortis." Hiefür wird sich dann berufen auf Julius

[1] Vergl. Savigny, System, Bd. 4, §. 172. Schröter, in der Zeitschrift f. Civilrecht und Prozeß, Bd. 2, S. 133 ff. Vangerow, Pand., Bd. 2, S. 667.

[2] Reyscher, Gesetzessammlung, Bd. 4, S. 315.

Clarus, Schneidewein und Hier. Schurphius, aus deren Schriften zum Beleg zwei Stellen angeführt werden, wovon die Stelle aus Schurff's Consilien dahin lautet: „Donationem causa mortis in qua intervenerunt quinque testes, Valere absque insinuatione, licet excedat summam 500 aureorum; Sed si non intervenerunt quinque testes, quod tunc requiratur insinuatio ad hoc ut Valeat, per textum in L. donatio C. de donat."[3] Hieraus ergibt sich nun allerdings, daß Schurff der schon zu jener Zeit von vielen Schriftstellern vertheidigten und oben als die richtige bezeichneten Ansicht war, daß nach römischem Recht eine Schenkung von Todes wegen auch in den Formen einer Schenkung unter Lebenden giltig vorgenommen werden könne. Allein die gedachte Stelle der Schurff'schen Consilien wurde von Haug nur zum Belege des von ihm beantragten Zusatzes zu dem zweiten Landrecht angeführt, daß es zur Giltigkeit der Schenkung von Todes wegen keiner weiteren Form, als der Zuziehung von fünf Zeugen, weder einer Verfassung in Schriften, noch einer gerichtlichen Insinuation bedürfe, und es kann daher schon darum hieraus nicht gefolgert werden, daß durch das dritte Landrecht die Bestimmung des zweiten habe geändert, und neben der Form der Zuziehung von fünf, beziehungsweise zwei Zeugen auch die Form der Schenkung unter Lebenden habe zugelassen werden wollen, wozu noch kommt, daß in dem Protokoll der Stuttgarter Kommission über die Haug'sche Relation zu fraglichem Titel „Von Gaaben so todts halber beschehen" nur kurz bemerkt ist: „Bleibt",[4] womit ausgesprochen ist, daß an dem zweiten Landrechte nichts geändert worden. Uebrigens lassen schon die Worte des dritten Landrechts einem gegründeten Zweifel hierüber

[3] Faber und Schloßberger, Vorarbeiten zum württ. Landrecht, S. 219.

[4] Ebendaselbst, S. 291. cf. unten Z. 2.

keinen Raum, da sie der Zulassung einer weiteren Form, als der Zuziehung von fünf, beziehungsweise zwei Zeugen mit keinem Worte gedenken und man, wenn die Zulassung, abweichend von der Bestimmung des zweiten Landrechts beabsichtigt worden wäre, solche mit klaren Worten auszusprechen gewiß nicht unterlassen hätte. Demgemäß ist auch von den meisten Schriftstellern über das württembergische Recht angenommen worden, daß nach diesem eine Schenkung von Todes wegen nur mit Zuziehung von fünf, beziehungsweise zwei Zeugen giltig vorgenommen werden könne,[5] und die württembergische Praxis hat sich gleichfalls stets hieran gehalten,[6] und insbesondere hat sich das Obertribunal schon in einer Entscheidung vom 19. Sept. 1823[7] und wiederholt in einer Entscheidung vom 5. Juni 1858 in der Appellationssache W. c. H. und in einer, unten des Näheren zu erwähnenden, Entscheidung vom $\frac{\text{14. Oktober}}{\text{19. Novemb.}}$ 1859 in der Appellationssache W. c. W. in Uebereinstimmung hiemit ausgesprochen. Eine ganz andere Frage ist es, ob im einzelnen Falle die zunächst beabsichtigte Schenkung von Todes wegen, wenn sie wegen der erman-

[5] Lauterbach, Coll. lib. 39 tit. 6, §. 11. Harpprecht in addit. ad. Clarum. Qu. 4 nr. 7. „Haec quippe donatio (i. e. mortis causa) quinque testes necessario desiderat.“ Plebst, Disp. ad. Jus prov. p. II. §. 209. Auct. Annot. ad „Jus prov. p. II. §. 118. Gagstetter, Einleitung in das Landrecht, p. 2, tit. 19, Q. 3. Griesinger, Commentar, Bd. 4, S. 1025, 1030. Reinhardt, Comm. Bd. 2, S. 250. Weishaar, württ. Privatrecht, Bd. 3, §. 1110. Kübel in der neuesten Auflage von Stein's Handbuch des württ. Erbrechts bemerkt im §. 179, daß die Form der Schenkung von Todes wegen diejenige eines Codizills seye; und fügt nur in der Note bei, ob auch in der Form der Schenkung unter Lebenden eine donatio mortis causa erfolgen könne, seye bestritten.

[6] Lauterbach, loco cit. Consilia Tubing. Bd. 7, cons. 34, §. 35—41.

[7] Bolley, Verm. Aufsätze, S. 73.

gelnden Zuziehung von Zeugen als solche nichtig ist, als eine Schenkung unter Lebenden sich aufrecht erhalten läßt, wenn deren Erfordernisse zutreffen, was davon abhängt, ob Letzteres als in der Absicht der Vertragschließenden gelegen angenommen werden kann. Es wird dieß gewöhnlich, obwohl nicht passend mit dem Ausdruck Konversion bezeichnet und von einer solchen Konversion sprechen Griesinger, Harppprecht und die Tübinger Consilien, wovon unten noch die Rede seyn wird; es hat dieß aber mit unserer Frage nichts zu thun, da in dem Falle der Konversion das Rechtsgeschäft nicht als eine Schenkung von Todes wegen, sondern als eine Schenkung unter Lebenden aufrecht erhalten wird, und für diese natürlich nur die für letztere vorgeschriebenen Förmlichkeiten erforderlich sind.

Abweichend von der in Vorstehendem vertheidigten Ansicht hat Probst[8] auszuführen gesucht, daß auch nach württembergischem Rechte Jeder, welcher auf den Todesfall schenken wolle, die Wahl habe, dieß vor fünf Zeugen oder in der Form einer Schenkung unter Lebenden zu thun. Derselbe stützte diese seine Ansicht auf das in dem dritten Landrecht eingeschobene Wort: „regulariter," da man streng logisch nicht sagen könne, in der Regel gelte ein Grundsatz, nur ein einziger Fall sey ausgenommen, wenn in allen andern Fällen außer diesem der Grundsatz feststehen solle. Hätte nur der angeführte einzige Fall ausgenommen werden wollen, so würde es nur heißen müssen: es werden fünf Zeugen erfordert, außer

---

[8] Sarwey, Monatschrift, Bd. 8, S. 278 ff. Der Ansicht von Probst scheint Reyscher, württ. Privatr., Bd. 3, S. 307 beigetreten zu seyn, da derselbe zwar zuerst sagt, daß zur Form der Schenkung von Todes wegen entweder die Beiziehung von Zeugen oder die Gegenwart des Gerichts gehöre, nachher aber bemerkt und zwar unter Beziehung auf den Aufsatz von Probst, daß es in der Wahl des Schenkenden stehe, die Form einer Schenkung unter Lebenden oder eines Codizills zu beobachten.

in dem einzigen Falle u. s. w. Zum mindesten müßte also das Wort „regulariter" bei dieser Annahme als gänzlich bedeutungslos betrachtet werden, was gegen die Auslegungsregeln verstoßen würde, wonach jedes Wort als mit Bedacht gesetzt angenommen werden müsse. Seye aber letzteres anzunehmen, so seye durch die Einschiebung des Wortes „regulariter" ausgesprochen, daß, abgesehen von dem Falle einer Schenkung des Vaters an seine Kinder, die Zuziehung von fünf Zeugen nur die Regel sey, bilde letzteres aber, außer dem ausgehobenen besonderen Falle, nur die Regel, so müssen sich noch weitere Ausnahmen denken lassen, ein logisches Ergebniß, welches keinen Widerspruch zulasse. Frage man nun, welche Ausnahmen hier gemeint seyn können, so müsse man auf das gemeine Recht und dessen Bestimmungen zurückgehen, welches die Quelle des Landrechts bei diesem Rechtsinstitute offenbar seye, und da nach gemeinem Recht die donatio mortis causa auch in den Formen der donatio inter vivos errichtet werden könne, so stehe kein Hinderniß im Weg, diese Formen neben der im Landrecht als Regel oder als gewöhnliche Form der donatio mortis causa bezeichneten Errichtung von fünf Zeugen zuzulassen.

Es soll nicht bestritten werden, daß dieser Auslegungsversuch sehr scharfsinnig ist, aber man könnte vielleicht sagen, er ist zu scharf, um für gelungen erklärt werden zu können, zumal wenn man bedenkt, daß es sich hier um eine Interpretation einer Stelle des Landrechts handelt, dessen Verfasser nicht jedes Wort auf die Goldwage gelegt haben. Ueberdies muthet Probst durch seine Auslegung dem Landrecht eine sprachliche Unrichtigkeit zu, die sich nicht so ohne Weiteres unterstellen läßt; denn wenn das Landrecht hätte bestimmen wollen, daß derjenige, welcher eine Schenkung von Todes wegen errichten wolle, die Wahl habe, ob er fünf Zeugen zuziehen, oder die Formen der Schenkung unter Lebenden beobachten wolle, so hätte dasselbe nicht von einer Regel und einer

Ausnahme sprechen können, da beiderlei Formen in diesem Falle neben einander, nicht aber in dem Verhältniß von Regel und Ausnahme zu einander stehen würden. Endlich aber spricht, wie schon oben gezeigt, die Geschichte der fraglichen Gesetzesbestimmung entschieden dagegen, daß an der nach dem eigenen Anerkenntnisse Probst's unzweifelhaften Bestimmung des zweiten Landrechts im dritten Landrechte in fraglicher Beziehung irgend Etwas geändert worden.

Im Einklange mit dieser Ansicht hat sich auch das Obertribunal vom $\frac{\text{14. Oktober}}{\text{19. Novemb.}}$ 1859 in der schon oben erwähnten Entscheidung gegen die Probst'sche Auslegung ausgesprochen, und es wird von Interesse seyn, wenn in Folgendem die hierauf bezügliche Ausführung der Entscheidungsgründe des Obertribunals mitgetheilt wird. Dieselbe geht dahin:

Man kann zugeben, daß, wenn die Entscheidung des Obertribunals die richtige ist, das Wort „regulariter", auf welches Probst ein Hauptgewicht legt, überflüssig war, und es genügt hätte, zu sagen: es werden zu solchen Vergabungen fünf Zeugen erfordert, es wäre denn, daß rc. Allein weder die Beifügung dieses Worts an sich, noch auch der Umstand, daß dasselbe im ersten und zweiten Landrecht nicht enthalten war, sondern erst im dritten beigefügt wurde, kann zu der Annahme berechtigen, daß damit habe ausgedrückt werden wollen, es finden auch noch andere Ausnahmen von dem Erfordernisse der Zuziehung von fünf Zeugen, als die im Gesetz bezeichnete der donatio patris inter liberos statt, und noch weniger kann aus jener Beifügung des Worts: „regulariter" gefolgert werden, daß als Ausnahme von der Regel, wonach zu einer Schenkung von Todes wegen fünf Zeugen erfordert werden, insbesondere auch der Fall zu betrachten sey, wenn die Form einer Schenkung unter Lebenden angewendet werde. Konnte, wie Probst selbst annimmt,

nach der Bestimmung des ersten und zweiten Landrechts eine Schenkung von Todes wegen nur in der Form eines Codizills, nicht auch in der Form einer Schenkung unter Lebenden giltig errichtet werden, so würde der Gesetzgeber, wenn er dieß hätte ändern und auch die letztere Form hätte für zuläßig erklären wollen, dieß ausdrücklich ausgesprochen und nicht blos der Bestimmung, daß zu einer giltigen Vergabung von Todes wegen fünf Zeugen erfordert werden, das Wort regulariter beigefügt haben. Daß er dieß zu Einführung der früher unzuläßigen Form einer Schenkung unter Lebenden für genügend gehalten haben würde, läßt sich um so weniger annehmen, als auch nach römischem Recht die Zuläßigkeit der Form einer Schenkung unter Lebenden keineswegs unzweifelhaft war, vielmehr schon die Ansicht der Glosse ad. c. ult. ad. §. 1. Jnst. de donationibus (2. 7.) und die herrschende Meinung der Rechtsgelehrten dahin gieng, daß eine Schenkung von Todes wegen blos in der Form eines Codizills giltig errichtet werden könne.[9] Ueberdieß würde es sich, wenn das Landrecht beiderlei Formen nach der Wahl des Schenkers hätte für zuläßig erklären wollen, nicht von Regel und Ausnahme, wenigstens nicht im juristischen Sinn des Worts gehandelt haben. Sofern aber unter der Regel blos das verstanden werden wollte, was häufiger geschieht, würde wohl nicht die Codizillarform, sondern die Form der Schenkung unter Lebenden für die Regel zu erklären gewesen seyn, indem letztere als die einfachere sicherlich häufiger Anwendung gefunden haben würde.

2) Erscheint schon hienach die in der Entscheidung des Ober-Tribunals vom 19. September 1823 aufgestellte Ansicht über das württ. Recht als begründet, so ist noch überdieß aus dem Protokoll der zur Begutachtung der

---

[9] Vergl. Schröter über die mortis causa donatio in Lindes Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß. Bd. 2, S. 149, Note 5.

Relation des Dr. Haug über den zweiten Theil des Landrechts niedergesetzten Kommission ersichtlich, daß an der Bestimmung des ersten und zweiten Landrechts über die Form der Schenkungen von Todeswegen nichts geändert werden wollte, indem es in diesem Protokoll bei dem Titel: „von Gaben so Todes halber beschehen" einfach heißt: „bleibt", d. h. daß es beim alten Texte bleiben soll. [10] Hiedurch wird klar bewiesen, daß in dem dritten Landrecht durch den Ausdruck regulariter nichts Anderes und nicht etwas Weiteres gesagt werden wollte, als was schon das erste und zweite Landrecht enthält. Die Bestimmung der früheren Landrechte blieb unverändert und bei der Redaktion des dritten Landrechts wurden nach dem Vorschlag des Dr. Haug in dessen Relation „zu mehrer Erläuterung dieser Donation" nur noch die weiteren Bestimmungen beigefügt, daß es nicht nöthig sey, daß diese Vergabung in Schriften verfaßt oder vor Gericht insinuirt werde, und daß sie stets widerrufen werden könne. [11] Zwar wird in der Relation des Dr. Haug eine Stelle aus der Consiliensammlung des H. Schurff cons. 6. cent. 1 angeführt, worin die Ansicht ausgesprochen ist, daß eine Schenkung von Todes wegen auch in der Form einer Schenkung unter Lebenden vorgenommen werden könne, und es geht daraus hervor, daß Dr. Haug bei seiner Relation diese Ansicht vor Augen hatte. Allein jener Schriftsteller wird von ihm nur dafür angeführt, daß, wenn fünf Zeugen zugezogen werden, die Insinuation nicht erforderlich sey, daher dieses Citat, zumal, da nach dem ersten und zweiten Landrecht eine Schenkung von Todes wegen nur in der für Legate vorgeschriebenen Form geschehen konnte und hieran das dritte Landrecht eine Aenderung nicht eingeführt hat, auch dieß,

---

[10] Faber und Schloßberger. Die Vorarbeiten zum württ. Landrecht, S. 291.

[11] Ebendaselbst, S. 219.

wie oben schon bemerkt worden, damals die gemeine Meinung der Rechtsgelehrten war, nicht gegen die von dem Obertribunal angenommene Ansicht spricht.

3) Mit Unrecht wird sich von Probst für seine Ansicht auf die Tübinger Consilien berufen. In diesen findet sich vielmehr gerade das Gegentheil ausgesprochen. Das von ihm allegirte Cons. 34, Bd. 7 sagt nämlich in den §§. 35—41 mit klaren Worten, daß die Donation, von welcher das Consilium handelt und welche es als eine Schenkung unter Lebenden erklärt, als Schenkung von Todes wegen null und nichtig wäre, weil sie nicht von fünf Zeugen unterschrieben sey. Sodann heißt es zwar weiter im §. 42: „so eine Schenkung von Todes wegen wegen Mangels der nothwendigen Zahl von Zeugen nicht zu Recht bestehen könne, so oft müsse dieselbe als eine Schenkung unter Lebenden in jeder Weise aufrecht erhalten werden." Damit ist aber nicht gesagt, daß eine Schenkung von Todes wegen auch dann giltig sey, wenn nur die Form einer Schenkung unter Lebenden beobachtet sey, was mit dem zuvor Bemerkten in direktem Widerspruch stehen würde, sondern die angeführte Stelle hat nur den Sinn, daß, wenn der Wille des Disponenten zweifelhaft sey, das Rechtsgeschäft entweder als Schenkung von Todes wegen oder als Schenkung unter Lebenden aufrecht erhalten werden müsse, sobald nur die eine oder die andere Form eingehalten sey. Es ist dieß in §. 44 klar ausgesprochen, wo zur Erläuterung des in den §§. 42 und 43 Bemerkten beigefügt wird: „Und dieses zwar sogar, daß wenn gleich der Donator dabei seines Todes, jedoch solcher Gestalten Meldung gethan, daß dabei noch einiger Zweifel bevorbleibt, ob selbige auf die substantiam et perfectionem donationis, oder allein auf derselben Exekution und Vollziehung ihr Absehen haben solle, solchenfalls sodann dieselbe, wenn sie nicht als eine donatio mortis causa gelten kann, dennoch als eine solche, so unter den Lebendigen geschehen, soutenirt werden soll

und muß." Eine Schenkung soll also, wenn gleich der Schenkende dabei seines Todes Erwähnung gethan hat, doch als Schenkung unter Lebenden gelten können, und daher der mangelnden Unterschriften von Zeugen unerachtet aufrecht erhalten werden, wenn sie sich so auslegen läßt, daß nicht die Giltigkeit der Schenkung vom Tode des Schenkers abhängen, sondern nur die Vollziehung bis zum Tode desselben aufgeschoben bleiben soll. Waltet aber darüber kein Zweifel ob, daß die Giltigkeit der Schenkung vom Tode des Schenkers abhängen soll, daß also eine Schenkung von Todes wegen vorgenommen werden wollte, dann muß auch die Form der letzteren beobachtet, d. h. sie muß von fünf Zeugen unterschrieben seyn, wenn sie soll zu Recht bestehen können.

In dem gleichen Sinne ist auch Joh. Harpprecht,[12] auf welchen sich das Tübinger Consilium beruft, aufzufassen, wenn er sagt, eine Schenkung von Todes wegen erfordere fünf Zeugen, es sey aber zu präsumiren, daß wenn bei einer Schenkung nicht fünf Zeugen zugezogen worden, eine Schenkung unter Lebenden und nicht von Todes wegen habe vorgenommen werden wollen, selbst wenn sie unter Erwähnung des Todes des Schenkenden geschehen sey, damit nicht angenommen werde, derselbe habe einen Weg eingeschlagen, auf welchem seine Disposition nicht zu Recht bestehen könne.

Eben dieses gilt auch von Griesinger,[13] indem er

---

[12] In addit. ad Clarum Qu. IV. n. 7. Die betreffende Stelle lautet: „Tertio sub commemoratione mortis facta donatio, non reputatur mortis causa donatio, si non quinque testes sint adhibiti. Haec quippe donatio qinque testes necessario desiderat. Ne autem videatur donator elegisse viam, qua sua dispositio evertatur et pereat: dicendum potius, inter vivos donatum fuisse!" Und die Ueberschrift zu dieser Stelle besagt: „Inter vivos, non mortis causa praesumitur donatio, sub mentione mortis facta, si quinque testes non intervenerunt."

[13] Comm. Bd. 4, S. 1031.

unmittelbar vor seiner Bemerkung, daß eine Schenkung von Todes wegen, welche vor weniger als fünf Zeugen gemacht worden, nach dem Tode des Schenkers als eine Schenkung unter Lebenden gelten könne, wenn sie alle Eigenschaften unter Lebenden habe, zu den Worten des Landrechts „regulariter fünf Zeugen erfordert werden" sagt: daß sich dieses auch nach dem römischen Recht so verhalte und daß auch noch heut zu Tag das römische Recht im Zweifel stattfinde. Die fünf Zeugen werden ohne Unterschied, ob die Schenkung groß oder klein sey, erfordert.

Es stellen auch mit Ausnahme von Besold,[14] welcher sagt, daß eine Schenkung von Todes wegen, welche wegen Mangels der erforderlichen Zahl von Zeugen nicht giltig sey, doch nach des Schenkers Tod als eine einfache Schenkung Kraft habe, die württ. Rechtslehrer den Satz auf, daß zur Form einer Schenkung von Todes wegen die Zuziehung von fünf Zeugen gehöre, ohne daß sie davon etwas erwähnen, daß dieselbe auch in der Form einer Schenkung unter Lebenden vorgenommen werden könne.[15]

---

4) Zur Kompetenz der Gerichte und der Verwaltungsjustizbehörden bei Streitigkeiten über Schafweiderechte.

Mittheilung eines Rechtsfalles.

(Von Rechtskonsulent Dr. Sarwey.)

Wie überhaupt in Deutschland, kommen in Württemberg Schafweiderechte sehr zahlreich und zwar sowohl in der Form von Gemeindeschafweiden, als jus compasculationis reciprocum, oder als Hütungsrecht auf Gemeindegründen (jus compasculationis), als auch in der Form von Servituten von einzelnen Berechtigten oder von einer

[14] Disp. ad. Jus. prov. p. II. tit. 19 §. 134.

[15] Vergl. Note 5.

Mehrheit von Personen, mit oder ohne Theilnahme der Eigenthümer der weidepflichtigen Fläche vor. Nach der Zusammenstellung in der verdienstvollen, von dem zu früh verstorbenen Direktor v. Sautter im Namen der Centralstelle für die Landwirthschaft ausgearbeiteten Einleitung zu dem im Jahr 1855 veröffentlichten Entwurf eines Landeskulturgesetzes für Württemberg wird in 1502 Gemeinden die Schafweide ausgeübt. Von diesen 1502 Gemeinden sind in 1195 Gemeinden die betreffende Gemeinde oder die Gesammtheit der Grundeigenthümer, in 101 Gemeinden die Realgemeinderechtsbesitzer, in 94 Gemeinden Dritte (wohl in allen Fällen frühere Grundherren, beziehungsweise deren Rechtsnachfolger) weideberechtigt. Getheilt ist die Weideberechtigung zwischen Dritten oder Realgemeinderechtsbesitzern und den Grundeigenthümern, beziehungsweise Gemeinden in 82 Gemeinden. Verpachtet ist die Gemeindeweide in 1077 Fällen. Bei dieser Zusammenstellung sind die Fälle, in welchen ein Gutseigenthümer die Schafweide auf dem eigenen Gut ausübt, sowie beschränkte Uebertriebsrechte nicht berücksichtigt. Solche Uebertriebsrechte kommen oft auf Flächen von nur wenigen Morgen, namentlich da vor, wo die Markungs- und Weidegrenzen nicht zusammenfallen, sie erstrecken sich aber auch mit der Beschränkung auf gewisse Zeit (öfters 2 und 3 Tage) auf ganze Markungen oder größere Theile von solchen. Bei diesem Umfang der Schafweiderechte, deren große Nachtheile für die fortgeschrittene Bodenkultur schon längst erkannt sind, wurde das Gesetz vom 9. April 1828, das Schäfereiwesen betreffend, allseitig mit Freuden begrüßt. Allein immer dringender hat sich das Bedürfniß herausgestellt, jenes Gesetz zu erweitern und zu ergänzen, sofern dasselbe, wie bekannt, nicht nur alle Weiderechte mit andern Viehgattungen unberührt ließ, sondern auch bezüglich der Schafweiden hauptsächlich wegen des Mangels von Bestimmungen über die Grundlage der Werthsabschätzungen, über den Maßstab der Ablösung, über das dabei ein-

zuhaltende Verfahren rc. nur in sehr beschränktem Maße seinen Zweck der Beseitigung dieser Last des Bodens erreicht. Auf Grund des obenerwähnten Entwurfs hat daher die K. Staatsregierung mittelst Note des Ministers des Innern vom 20. August 1857 den umfassenden Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Ausübung und Ablösung der Weiderechte auf landwirthschaftlichen Grundstücken, eingebracht, über welchen auch von der für das Landeskulturgesetz gewählten Kommission der Kammer der Abgeordneten ein sehr gründlicher und umfassender Bericht erstattet und am 1. Mai 1861 ausgegeben wurde. Die Berathung desselben unterblieb jedoch wegen Mangels an Zeit, da die Wahlperiode der damaligen Kammer der Abgeordneten mit dem Jahr 1861 zu Ende gegangen war, und seitdem ist der Entwurf nicht wieder eingebracht worden. Bei dem entschiedenen Bedürfniß, welchem die Kammer der Abgeordneten schon am Schlusse der Berathung des Schäfereigesetzes am 15. Mai 1828 Ausdruck gegeben hat und welches seit dieser Zeit durch die Verhältnisse immer unabweisbarer und dringender geworden ist, ist jedoch zu hoffen, daß diese Arbeit nicht gänzlich zu den Akten gelegt ist.[1]

Nicht nur für die rechtliche Beurtheilung der bestehenden Verhältnisse, sondern auch für die zu erwartenden gesetzgeberischen Arbeiten ist es daher unzweifelhaft von Interesse, über die Zuständigkeit des Civilrichters und der Administrativjustizbehörden in Weidestreitigkeiten eine Erörterung herbeizuführen.

In dem von Sautter ausgearbeiteten Entwurf waren allgemein alle Streitigkeiten wegen Eigenthums und Eigen-

---

[1] Neuere Gesetze über Ablösung von Weiderechten und zum Schutz des Feldbaues haben das Großherzogthum Baden vom 31. Juli 1848, Großherzogthum Hessen vom 7. Mai 1849, Königreich Bayern vom 28. Mai 1852. Für die einzelnen österreichischen Kronländer sind in Ausführung des Grundentlastungsgesetzes vom 7. September 1848 besondere Patente ergangen.

thumsgrenzen, wegen Dienstbarkeiten und Reallasten, wegen Schadensersatzes in Folge der Uebertretung von kulturpolizeilichen Beschränkungen, insoweit nicht im Feldpolizeistrafgesetz eine Ausnahme begründet ist, sowie wegen — auf den Grund besonderer privatrechtlicher Titel in Anspruch genommener Abweichungen von kulturgesetzlichen Bestimmungen den Gerichten zugewiesen.

Art. 304 des Entwurfs eines Landeskulturgesetzes.

Alle übrigen aus der Handhabung der die Landeskultur betreffenden Gesetze und Verordnungen erwachsenden Kulturstreitigkeiten verweist der Entwurf vor die Regiminalbehörden.

Art. 302 des allg. Entwurfs.

In dem besondern, die Ablösung der Weiden betreffenden Sautter'schen Entwurf bestimmt Art. 34, daß, wenn das Daseyn des Weiderechts oder dessen Umfang bestritten ist, bis zu Austrag der Sache durch rechtskräftiges gerichtliches Erkenntniß die Ablösungsverhandlungen zu sistiren sind.

Alle über die Anwendung des Ablösungsgesetzes entstehenden Streitigkeiten sind nach Art. 31, wie in den übrigen Ablösungsgesetzen von 1848 und 1849 an die Ablösungskommission verwiesen.

Zu Art. 34 ist in den Erläuterungen zu den Entwürfen (S. 161) bemerkt, daß die Zuweisung dieses Falls an die Gerichte im bestehenden Recht begründet sey und sofern es sich um ein privatrechtliches Weiderecht handelt, ist hiegegen Nichts zu erinnern. Allein die Frage ist, ob alle Weiderechte privatrechtlicher Natur sind. Dieß könnte in jenem Entwurfe gefunden werden, indem er ohne Unterschied alle Streitigkeiten über das Daseyn und den Umfang der Weiderechte vor den Civilrichter verweist. Wenn man dieß im Wege der Gesetzgebung feststellt, läßt sich hiegegen Nichts einwenden. Allein die Ansicht, daß hiemit Nichts Neues eingeführt würde, wäre jedenfalls nicht richtig. Vielmehr ist außer Zweifel, daß es

Weiderechte öffentlich-rechtlicher Natur gibt, für welche sowohl hinsichtlich der Frage des Daseyns, als hinsichtlich des Umfangs folgerichtig die Zuständigkeit der Administrativgerichte bisher unbestritten war, wie die nachfolgende Entscheidung des Geheimeraths beweist und auch das K. Obertribunal in einer Entscheidung vom 6. Juni 1860 [2] anerkannt hat.

Hievon geht auch der neuere, bei der vorigen Ständeversammlung eingebrachte Gesetzesentwurf aus, indem derselbe von Weiderechten öffentlich-rechtlicher Natur spricht. (Art. 63, Art. 97, Abs. 2.)

Allein auch dieser Entwurf bringt durch den angeführten Artikel 97 nicht nur keine größere Klarheit in die Frage, vielmehr vermehrt derselbe die Bedenken. Der Artikel lautet:

„Entsteht Streit über das Bestehen oder den Umfang eines Weide- oder Pförchrechts oder einer besondern Kulturbeschränkungsbefugniß oder darüber, ob und in welchem Maße der Weideberechtigte zu Gegenleistungen an den Weidepflichtigen verbunden ist, so haben hierüber die Gerichte zu entscheiden und es sind, bis ein rechtskräftiges Erkenntniß vorliegt, die Ablösungsverhandlungen auszusetzen. ꝛc.

Alle sonstigen Streitigkeiten, welche sich über die Auslegung und Anwendung des gegenwärtigen Gesetzes, sowie darüber erheben, ob ein seinem Bestehen und Umfang nach an sich anerkanntes Weide-, Pförch- oder Kulturbeschränkungsrecht öffentlich-rechtlicher Natur sey oder auf besonderem privatrechtlichem Titel beruhe, unterliegen der Entscheidung der Administrativbehörden."

Faßt man den ersten Satz dieses Artikels in's Auge, so schließt er sich vollständig den entsprechenden Bestimmungen im Sautter'schen Entwurf an. Er spricht wie

---

[2] Dieses Archiv IV., S. 186, vgl. Seuffert, Archiv IV. S. 408.

dieser ganz allgemein ohne Unterscheidung, ob das Weiderecht öffentlicher oder privatrechtlicher Natur sey, den Streit über das Bestehen eines solchen und den Umfang den Gerichten zu.

Dennoch scheint es nicht die Absicht gewesen zu seyn, die Kompetenz des Civilrichters über die bisherige Grenze auch auf Verhältnisse öffentlich-rechtlicher Natur auszudehnen, da die Motive einer solchen Absicht nicht erwähnen. Jene Bestimmung in ihrer allgemeinen Fassung würde sich nur erklären, wenn über das Daseyn oder den Umfang von Weiderechten öffentlich-rechtlicher Natur überhaupt kein Streit entstehen könnte, oder wenn es keine solche geben würde, was beides nicht richtig ist.

Wenn sodann der zweite Absatz des Artikels die Frage „ob ein an sich anerkanntes Weide- oder Kulturbeschränkungsrecht öffentlich-rechtlicher Natur sey, oder auf besonderem privatrechtlichem Titel beruhe“, an die Administrativbehörden verweist, so ist zwar gegen diese Bestimmung bezüglich des Kulturbeschränkungsrechts nichts zu erinnern. Sofern dasselbe an sich anerkannt ist, wird diese Frage eben nur in Ausführung des Ablösungsgesetzentwurfs praktisch, indem die Kulturbeschränkungen, die ihren Grund im öffentlichen Recht haben, für unentgeldlich aufgehoben, die auf privatrechtlichem Titel beruhenden als gegen Entschädigung ablösbar erklärt werden.[3] Es ist vollkommen richtig, was die Motive hiezu bemerken, daß die gleiche Kompetenzbestimmung in den Grundlastenablösungsgesetzen sich bewährt hat. Anders scheint es sich mit jener Bestimmung bezüglich des Weiderechts selbst zu verhalten.

---

[3] Eine Minderheit der Kommission der Kammer der Abgeordneten (6 Stimmen gegen 7) hat sich für die unentgeldliche Aufhebung aller, auch der privatrechtlichen Kulturbeschränkungsbefugnisse ausgesprochen und nach dieser Ansicht würde diese Frage selbstverständlich ganz wegfallen.

Hierüber enthält der von der Kommission der Kammer der Abgeordneten erstattete Bericht folgende Ausführung: „Wenn das Bestehen oder der Umfang eines Weide- oder Pferchrechts oder einer besonderen Kulturbeschränkung im Streit ist, so folgt hieraus nicht unmittelbar die Zuständigkeit der Gerichte zur Entscheidung dieses Streits. Nur wenn die Partei, welche ein Weide- oder Pferchrecht oder eine Kulturbeschränkung behauptet, ihren Anspruch auf einen privatrechtlichen Titel stützt, ist der Civilrichter zur Entscheidung kompetent. Wenn nun aber der Streit gerade der ist, ob ein solches Recht öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur sey, hat einfach zunächst die angerufene Justiz- oder Administrativbehörde hierüber zu erkennen und wenn ein Widerspruch zwischen beiden entsteht, ist ein durch das Staatsoberhaupt zu entscheidender Kompetenzkonflikt vorhanden. Es ist nicht zu verkennen, daß es im Interesse der Beschleunigung des Vollzugs des Gesetzes wünschenswerth ist, daß das Verfahren darüber, ob ein solches in Frage gestelltes Recht privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Natur ist, möglichst vereinfacht wird und dieß wird durch den Abs. 2 des Art. 97 des Entwurfs erreicht, wenn derselbe diese Entscheidung einfach den Administrativbehörden zuweist. Ob dieß jedoch die Absicht des Gesetzesentwurfs war, wird allerdings durch die Worte ein „an sich anerkanntes“ Weiderecht &c. zweifelhaft. In denjenigen Fällen, in welchen diese Frage, wie gezeigt, immer zuerst und in präjudizieller Weise hervortritt, wenn nämlich der Civilrichter wegen eines Streits über den Umfang oder das Bestehen eines Weiderechts angerufen wird, könnte nach diesen Worten der Abs. 3 keine Anwendung finden. Wenn aber das Weiderecht anerkannt, d. h. sein Bestehen und Umfang unbestritten ist, hat die Frage, ob es öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur sey, entweder keine praktische Folge, wie bei den sogenannten Uebertriebsrechten (Art. 63), da in beiden Fällen die

Ablösung eintritt, oder kann dieselbe kaum bestritten seyn, da darüber, ob eine Weide als gemeinschaftliche und Gemeindeweide oder als auf fremdem Grund und Boden haftendes Recht unter Kap. II. oder Kap. VI. des Entwurfs fällt, [4] ein Streit nicht wohl denkbar ist. Jedenfalls werden diese Streitigkeiten zu den seltensten Fällen gehören.

Praktisch aber ist die erwähnte Frage immer, wenn das Bestehen oder der Umfang des Weide- oder Pferchrechts selbst im Streit liegt, weil sie in diesem Fall die Zuständigkeit bedingt.

Bei den Kulturbeschränkungen sodann ist mit der Entscheidung, daß sie öffentlich-rechtlicher Natur seyen, die Aufhebung derselben nach dem Entwurf von selbst ausgesprochen und es kann also, wenn ihre privatrechtliche Natur festgestellt ist, nur noch über den Umfang ein Streit entstehen. Wenn mithin nach dem bestehenden Recht der Civilrichter wegen Mangels an einem Privatrechtstitel sich zur Entscheidung über eine solche für unzuständig erklärt hätte, so wäre hiemit materiell die Kulturbeschränkung aufgehoben. Ebenso, wenn sich der Administrativrichter für zuständig erklären würde, und es käme mithin sehr häufig darauf an, welche Behörde zuerst angerufen würde.

Alle diese Verwicklungen werden am einfachsten beseitigt, wenn im Fall eines Streits die Entscheidung darüber, ob eines der in Frage stehenden Rechte als öffentliches Recht zur Kompetenz der Administrativbehörden oder als Privatrecht zur Kompetenz der Civilgerichte ge-

---

[4] Kapitel II. des Gesetzentwurfs handelt von „gemeinschaftlichen Weiden (Ausübung von den Gemeindegenossen durch gegenseitiges Befahren ihrer Grundstücke) und Gemeindeweiden“ (Verpachtung für die Gemeindekasse), Kap. VI. von der Ablösung der Weiderechte, welchen Bestimmungen die ebengenannten in Kap. II abgehandelten Weiden nicht unterworfen sind, sowie von Kulturbeschränkungen, für welche Entschädigung zu gewähren ist.

hört, den Administrativbehörden zugewiesen wird. Diese Zuweisung hat nichts Bedenkliches, wenn man erwägt, daß

1) in allen Fällen, in welchen die Administrativbehörde sich für die öffentlich-rechtliche Qualität der Rechte ausgesprochen hat und in welchen der Richter, wenn der Streit an ihn gebracht würde, im Widerspruch mit jenem Ausspruch sich für zuständig erklären würde, die Sache gleichfalls nur im Wege des Kompetenzkonfliktes entschieden werden könnte, d. h. auf Antrag des Geheimenraths, an welchen die Sache auch nach dem Gesetzesentwurf im Wege des Rekurses gelangt;

2) daß der Civilrichter, an welchen die Administrativbehörde den Streit verwiesen hat, gleichwohl im Widerspruch mit derselben zu dem Resultat kommen sollte, daß er unzuständig sey, wird nicht leicht zutreffen. Wäre dieß gleichwohl der Fall, so würde allerdings ein negativer Kompetenzkonflikt vorliegen. Allein immerhin ist durch dieses Verfahren die Möglichkeit der Kompetenzkonflikte vermindert, wenn nicht ganz beseitigt."

Hienach beantragt die Kommission in ihrer Mehrheit die Worte in Abs. 3: „seinem Bestehen und seinem Umfang nach an sich anerkanntes" zu streichen. Im Uebrigen ist diese Mehrheit mit Abs. 1 und 3 einverstanden.

Nach dieser von der Kommission beantragten Aenderung des Gesetzesentwurfs, wenn dieselbe zum Gesetz erhoben würde, könnte wenigstens kein Zweifel über den Grundsatz der Kompetenzabscheidung entstehen, wie solcher nach dem Entwurf nothwendig sich aufwerfen müßte. Auch läßt diese Begründung des Kommissionsantrags darüber keinen Zweifel, daß abgesehen von der Aenderung, nach welcher durch eine Entscheidung des Geheimeraths die öffentlich-rechtliche Natur eines Weiderechts ohne die Möglichkeit der Erhebung eines Kompetenzkonflikts durch Zuständigkeitserklärung des Civilrichters festgestellt werden könnte, durchaus das bestehende Recht, was auch die Absicht der beiden Entwürfe gewesen zu seyn scheint, erhalten bleiben soll. Doch wurde ein für

die Anwendung geeigneter Grundsatz über die Abscheidung der Kompetenz der Administrativ- und Justizbehörden auch nach diesem Antrag in dem Gesetz selbst nicht ausgesprochen.

Es ist daher noch immer die Aufgabe, diesen Grundsatz zu finden und der einfachste Weg hiezu ist selbstverständlich die Darstellung der in Uebung befindlichen Grundsätze, auf welche wir hiemit übergehen. Die Grundsätze der Kompetenzabscheidung, wie sie in Württemberg zur Zeit besteht, sind folgende: 1) Streitigkeiten über Weiderechte öffentlich-rechtlicher Natur gehören an sich vor die Administrativbehörden, 2) Streitigkeiten über das Daseyn privatrechtlicher Weiderechte vor den Civilrichter. Vor den Civilrichter gehört 3) unzweifelhaft auch jeder Streit über den Umfang der mit einem privatrechtlichen Weiderecht belasteten Fläche. 4) Was aber Streitigkeiten über die Anzahl der Weidestücke, mit welchen der Berechtigte einzuweiden befugt ist, über die offene und geschlossene Zeit, über das Verhältniß des Weiderechts zum Feldbau (Kulturbeschränkungen), über die Art und Weise der Ausübung der Weide (Austreiben durch einen gemeinschaftlichen Hirten und Einzelweiden, u. s. f.) betrifft, so können diese Streitigkeiten auch bei privatrechtlichen Weideservituten vor den Administrativrichter gehören, wenn dieselben durch die Anwendung allgemeiner polizeilicher Bestimmungen veranlaßt sind.[5] In allen andern Fällen aber, sey es, daß es überhaupt an einer allgemeinen polizeilichen Bestimmung zur Entscheidung des Streits fehlt, sey es, daß eine von diesen allgemeinen polizeilichen Vorschriften abweichende Befugniß behauptet oder bestritten wird, ist die Zuständigkeit durch die Frage be-

---

[5] Vgl. Geßler, Zur Frage der Administrativjustiz in der Tüb. staatswissenschaftlichen Zeitschrift 1862, S. 724. In wieweit die in Seufferts Archiv I. Nr. 13, 182 und 320 mitgetheilten Fälle von gerichtlichen Entscheidungen über das Verhältniß des Weiderechts zu der Forstkultur hievon abweichen, läßt sich aus der Mittheilung nicht entnehmen.

stimmt, ob für diese Abweichung sich auf eine Quelle des öffentlichen Rechts (Ortsstatut, lokale Polizeiverfügungen, örtliches Herkommen) oder auf einen Privatrechtstitel (Vertrag, Verleihung, Ersitzung) berufen wird, wobei allerdings bei der zweiseitigen Natur einzelner dieser Rechtsquellen die Kompetenzfrage eine verschiedene Beurtheilung erfahren kann und sehr häufig, sofern wenigstens ein Privatrecht behauptet ist, die Kompetenzentscheidung eine materielle Prüfung voraussetzt.[6] Abgesehen nun von den unter Z. 4 fallenden Fällen, welche eine besondere Erörterung erfordern, ist hiernach die Aufgabe nur die, festzustellen, welche Weiderechte öffentlich rechtlicher und welche privatrechtlicher Natur sind.

Man muß, um zu einem sichern Resultat hierüber zu gelangen, folgende Fälle unterscheiden:

I. Das Recht, auf eigenem Grund und Boden zu weiden, ist ein Ausfluß des Eigenthums und deßhalb an sich stets privatrechtlicher Natur.[7] Allein der Eigenthümer kann hierin durch allgemeine polizeiliche, durch die Rücksicht auf die übrigen Grundeigenthümer veranlaßte Vorschriften oder durch Rechte Dritter beschränkt seyn. Das erste trifft überall, das zweite sehr häufig zu. Sofern nun ein Streit durch allgemeine polizeiliche Bestimmungen veranlaßt ist, fällt derselbe der Kompetenz der Administrativbehörde anheim. Im Fall der behaupteten Beschränkung durch ein entgegenstehendes Recht eines Dritten entscheidet über die Kompetenz die Natur dieses Rechts des Dritten.

II. Das Recht, auf fremdem Grund und Boden zu weiden, kommt in folgenden Formen vor:

1) Als das Recht Eines oder mehrerer Grundbesitzer vermöge eines bestimmten Grundbesitzes nicht nur ausschließlich sein eigenes Gut, sondern auch fremde Grundstücke derselben Markung, zu welcher das herrschende Gut gehört, seye dieß individuell bezeichnete, oder alle Güter dieser Markung

---

[6] Vgl. dieses Archiv **II.** S, 9, 26, **III.** S. 159, insbesondere **V.**, S. 235, Seuffert, Archiv **I.** Nr. 14.

[7] Vgl. Seuffert, Archiv **VII.** Nr. 272.

und zwar unter Ausschluß der Besitzer der dienenden Fläche zu beweiden.

2) Als dasselbe Recht Eines oder mehrerer Grundbesitzer, nur mit dem Unterschied, daß der dienende Grund und Boden zu einer fremden Markung gehört. (Uebertriebsrecht.)

3) Als das Recht Eines oder mehrerer Gutsbesitzer neben dem ausschließlichen Weiderecht auf seinem Gut ein Weiderecht auf fremden Grundstücken, sey es einzelnen oder allen Gütern einer bestimmten Markung neben den Eigenthümern oder Markungsgenossen auszuüben.

4) Ein Weiderecht auf fremdem Grund und Boden kommt in einzelnen Landestheilen auch als persönliches, frei veräußerliches Recht Einzelner vor.[8]

5) Der häufigste Fall des Weiderechts auf fremdem Grund und Boden ist endlich, wie aus der im Eingang gegebenen statistischen Darstellung hervorgeht, das einer Gemeinde als Korporation oder der Gesammtheit der Markungsgenossen zustehende Recht. Hiebei sind aber wiederum folgende Fälle zu unterscheiden:

a) Das Recht einer Gemeinde zur Beweidung eines fremden individuell bezeichneten Grundbesitzes, ohne daß der Besitzer desselben ein Weiderecht auf der Markung der berechtigten Gemeinde hätte. Dieß ist der gewöhnliche Fall der Waldweideservituten.

b) Das Recht der Gemeinde (der Gesammtheit der Markungsgenossen) ein Weiderecht auf einer fremden Markung oder auf mehreren fremden Markungen oder einem Theil

[8] Dieses Archiv V., S. 416, insbes. N. 3. Tafel, Civilrechtssprüche III. S. 255. Nach römischem Recht war ein solches persönliches Recht als ein vererbliches und der Substanz nach veräußerliches Recht nicht denkbar, da es als persönliche Servitut mit dem Tode des Berechtigten erlöschen würde. In der Regel haben diese Rechte wohl auch ursprünglich auf einem Grundbesitze aktiv geruht, von welchem sie durch besondere Rechtsakte später getrennt wurden oder sind sie aus bloßen Obligationsverhältnissen hervorgegangen.

derselben einseitig oder gegenseitig auszuüben. (Uebertriebsrecht.)

c) Das Kommunweiderecht im eigentlichen Sinn, vermöge dessen die Markungsgenossen, sey es als Einzelne, sey es durch die Gemeinde als Markungsinhaberin die Weide auf den Gemeindegründen (Allmand) oder neben diesen oder ohne solche auf ihren Grundstücken gegenseitig ausüben. [9]

Bezüglich dieser unter II. aufgeführten Fälle steht nun so viel fest, daß alle Berechtigungen auf fremdem Grund und Boden zu weiden, soweit sie nicht aus dem Markungsverband folgen, also alle unter Z. II. 1—4 und 5 a aufgeführten Rechte, privatrechtliche Servituten sind, über deren Daseyn und Umfang vorbehältlich der oben unter Z. 4 erwähnten einzelnen Fragen der Civilrichter zu erkennen hat. [10]

Auf der andern Seite steht nach württembergischem Recht [11] fest, daß ein Kommunweiderecht, d. h. ein solches, welches lediglich auf den Gemeinde- und Markungs-

[9] In der Note 2 erwähnten Entscheidung des Obertribunals ist ausgesprochen, daß sich „die Communweiderechte, welche nicht bloß auf die eigentlichen Gemeindegründe, sondern auch auf die Sondergüter der Einzelnen sich erstrecken, in Württemberg, namentlich im alten Lande, zu einem Korporationsrechte entwickelt haben." Seuffert, Archiv VII., S. 271.

[10] Bei den Waldweideservituten kann allerdings in den Fällen, in welchen sie von der Landesherrschaft an Unterthanen eingeräumt sind, der Zweifel entstehen, ob sie nicht vermöge dieses Entstehungsgrunds gleichfalls dem öffentlichen Recht angehören. Doch wird außer dem Fall der precären Verleihung, welcher nicht hieher gehört, diese Frage zu verneinen seyn und auch, wie dem Verfasser bekannt, da, wo ein unwiderrufliches Recht feststeht, die Zuständigkeit des Civilrichters sowohl von der Partei als von dem Richter angenommen. Ebenso versteht es sich, daß obgleich ein solches Weiderecht der Gemeinde ein Privatrecht ist, gleichwohl die Frage über die Theilnahme der Einzelnen an dieser Gemeindenutzung wiederum eine öffentlich-rechtliche ist.

[11] Vergl. oben Note 2.

verband gestützt wird, öffentlich rechtlicher Natur ist, und daß alle Streitigkeiten hierüber der Regel nach vor den Administrativrichter gehören. Von dieser Regel bildet nur der Fall eine Ausnahme, wenn die Freiheit eines Grundstücks von diesem Kommunweiderecht oder eine relative Bevorzugung desselben oder einzelner Gemeindegenossen vor den übrigen in irgend einer Richtung auf einen besondern Privatrechtstitel gestützt ist, als welcher aber selbstverständlich die bloße Berufung auf das Eigenthum eben deßhalb nicht erscheint, weil alle Grundstücke der Markung den Markungslasten unterworfen sind. In einem solchen Fall ist die Zuständigkeit des Civilrichters begründet, obwohl das Weiderecht selbst, welches den Streit veranlaßt hat, ein öffentlich-rechtliches ist.

Uebrigens ist hier hervorzuheben, das das Kommunweiderecht keineswegs ein wesentliches Attribut des Markungsrechts ist. Das Weiderecht ist nicht nothwendig in dem Markungsrecht enthalten. Aber wo dasselbe auf keinen andern Rechtsgrund, als auf das Markungsrecht gestützt wird, ist dasselbe ein Kommunweiderecht öffentlich rechtlicher Natur und erstreckt sich im Zweifel auf alle Güter der Markung.[12] Ein Streit über das Daseyn eines solchen wird daher zu den seltenen Fällen gehören, ist aber nicht unmöglich und fällt allerdings mit dem Streit über seinen Umfang zusammen, wenn die Frage bestritten ist, ob ein bestimmtes Feld zu einer bestimmten Markung gehört. — Eine Befreiung von diesem Kommunweiderecht und das Recht auf eine exceptionelle Behandlung Einzelner in andern Beziehungen muß durch einen besondern Titel erworben werden und es wäre daher nur konsequent, wird aber nicht allgemein in Württemberg anerkannt werden, daß diese Befreiung nur als

---

[12] Vergl. Note 9, insbesondere die bei Seuffert, Archiv **VII.** Nr. 271 ff. mitgetheilte Entscheidung des Oberappellationsgerichts zu Jena, vom 13. Februar 1844 und die folgende Entscheidung des K. Geheimenraths vom 22. August 1861.

Privatrecht denkbar, also nur von dem Civilrichter zuzuerkennen ist.

Aus diesen Prämissen endlich ergibt sich von selbst die Entscheidung für den letzten noch nicht erörterten Fall, die Behauptung einer der Gemeinde als solcher, sey es einseitig, sey es gegenseitig zustehenden Weidegerechtigkeit auf einer oder mehreren fremden Markungen oder einem Theil derselben. (II. Z. 5 lit. b.)

Daß in diesem Fall, obgleich das beanspruchte Recht der Gemeinde (Markungsgenossenschaft) gegen eine andere Gemeinde (Markungsgenossenschaft) zusteht, nicht das Markungsrecht die Quelle des Weiderechts ist, folgt aus dem obigen Satz, daß das Kommunweiderecht dasjenige ist, welches auf den Markungsverband gestützt wird. Es kann also ein Grundstück, welches nicht zu dem Markungsverband gehört, diesem Kommunweiderecht niemals unterliegen und umgekehrt kann ein Weiderecht auf ein solches niemals auf den Markungsverband gestützt werden, woraus folgt, daß solche der Gemeinde auf einer fremden Markung zustehende Uebertriebsrechte nur als Privatrechte denkbar sind, d. h. entweder nicht bestehen oder nur vor dem Civilrichter verfolgt werden können. Dieß ist es, was die nachfolgende Entscheidung des K. Geheimenraths ausgesprochen hat und womit zugleich ein interessantes Präjudiz dahin gegeben ist, daß ein Grundstück, welches bei der Regulirung der Markungsgrenze von einer Markung zur andern geschlagen wird, hiemit von selbst aufhört, dem Weiderecht der ersten Gemeinde zu unterliegen, wofern dasselbe auf Nichts Anderes als das Markungsrecht gestützt ist.

Nach vorstehenden Ausführungen wird sich folgende Fassung des Art. 97 des Entwurfs des Gesetzes betreffend die Ausübung und Ablösung der Weiderechte empfehlen:

> Entsteht Streit über das Bestehen und den Umfang eines Weide- oder Pferchrechts, so haben hierüber, insoweit dasselbe auf den Gemeinde- oder Markungsverband gestützt wird, die Verwaltungsjustizbehörden,

in allen andern Fällen die Gerichte zu entscheiden. Doch haben auch im ersten Fall die Gerichte wegen Schadenersatzes in Folge der Uebertretung von kulturpolizeilichen Beschränkungen, insoweit nicht im Feldpolizeistrafgesetz eine Ausnahme begründet ist, sowie wegen auf den Grund besonderer privatrechtlicher Titel in Anspruch genommener Abweichungen von kulturgesetzlichen Bestimmungen, insbesondere wegen auf einen besondern Privatrechtstitel gegründeter Befreiung eines Grundstücks von dem Kommunweiderecht zu entscheiden.

Alle sonstigen Streitigkeiten, welche sich über die Auslegung und Anwendung der Bestimmungen des gegenwärtigen Gesetzes, insbesondere darüber erheben, ob ein an sich anerkanntes Kulturbeschränkungsrecht öffentlich rechtlicher Natur sey oder nicht, unterliegen der Entscheidung der Administrativbehörde.

Auf diese Weise würde nicht nur das bestehende Recht, wie es sich durch die Praxis aus den allgemeinen Prinzipien entwickelt hat, unverändert erhalten, sondern dasselbe zugleich materiell in der Weise firirt, daß für die Unterscheidung zwischen den Weiderechten öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Natur ein keiner verschiedener Auslegung und Anwendung fähiger Grundsatz vom Gesetz ausgesprochen würde.

Zur Bestätigung und weitern Beleuchtung dieser Ausführung folgt hier ein in letzter Instanz durch Beschluß des K. Geheimeraths vom 22. August 1861 entschiedener Rechtsfall, welcher ein besonderes Interesse durch die prinzipielle Begründung der Entscheidung des K. Geheimenraths gewährt und dessen Veröffentlichung zumal bei der ziemlich magern Ausbeute der juristischen Litteratur in dieser Lehre keiner besondern Rechtfertigung bedürfen wird.

Die Gemeinde Oberjettingen hatte bis zum Jahre 1842 das Recht der Besteuerung einer — auf der Markung Emmingen gelegenen Fläche von $69^7/_8$ M. 37,6 R., welche in

Lehenhöfe nach Oberjettingen Zinse und Gülten gereicht haben. Unter dem 31. August 1842 kam zwischen beiden Gemeinden ein — unter dem 4. April 1843 von der zuständigen K. Regierung für den Schwarzwaldkreis genehmigtes Uebereinkommen dahin zu Stande, daß die Gemeinde Emmingen das Markungsrecht von $68^7/_8$ M. 46,2 R. ohne Geldentschädigung und von $4^3/_8$ M. 42,4 R. gegen eine Entschädigung von 26 fl. an die Gemeinde Oberjettingen abgetreten hat.

Schon vor diesem Uebereinkommen haben beide Gemeinden die abgetretene Fläche mit ihren Schafheerden beweidet, ohne daß sich über den Rechtsgrund dieses gegenseitigen Beweidens eine spezielle Thatsache hätte erheben lassen. Das über die Ausgleichung der Markungsgrenze getroffene Uebereinkommen erwähnt dieses Verhältniß nicht. Ausgehend davon, daß das der Gemeinde Emmingen bis 1842 zugestandene Weiderecht ein Ausfluß des Markungsrechts derselben gewesen sey, hat der Gemeinderath von Oberjettingen dasselbe mit dem Uebergang der Fläche an die Markung Oberjettingen für erlöschen erklärt, der Gemeinderath von Emmingen dagegen das Fortbestehen des Weiderechts auf jener Fläche behauptet, da er sich desselben nicht begeben habe. Einige andere Einwendungen gegen jene aus dem Uebereinkommen vom 4. April 1843 gezogene Konklusion der Gemeinde Oberjettingen kommen hier nicht in Betracht und es ist nur noch anzufügen, daß von Seite der Gemeinde Emmingen nicht bestritten wurde, daß das bisher auf den bestrittenen Gütern ausgeübte Weiderecht ein Ausfluß des Markungsrechts gewesen ist, und daß dieselbe auch einen privatrechtlichen Titel hiefür nicht behauptet hat.

Auf die deßhalb von der Gemeinde Oberjettingen angestellte negatorische Klage, welche zuerst bei dem Civilrichter angebracht, von diesem aber zurückgenommen und bei dem K. Oberamt Herrenberg eingereicht wurde, hat das letztere den 9. September 1859 unter Anerkennung seiner Kompetenz, da der Streitgegenstand dem öffentlichen Rechte ange=

höre, in Betracht, daß der Vorbehalt des Weiderechts abgesehen davon, daß er nach den Bestimmungen des Gesetzes vom 9. April 1828 Art. 13 gar nicht zulässig gewesen wäre, nirgends gemacht worden sey und daher dafür angenommen werden müsse, daß mit dem Markungsrecht auch das Weiderecht der Gemeinde Emmingen auf die Gemeinde Oberjettingen übergegangen sey, erkannt, es stehe der Gemeinde Emmingen ein Weidrecht mit ihren Schafen auf dem durch Vertrag vom 31. August 1842 an die Gemeinde Oberjettingen abgetretenen Markungstheil nicht mehr zu, vielmehr sey solches als Ausfluß des Markungsrechts mit diesem an letztere Gemeinde übergegangen und habe die Gemeinde Emmingen die durch diesen Streit erwachsene Sportel im Betrag von 3 fl. allein zu tragen, die sonst aufgewendeten Kosten aber jeder Theil auf sich zu leiden.

Auf die hiegegen an die K. Kreisregierung von der Gemeinde Emmingen ergriffene Berufung hat die K. Kreisregierung unter dem 13. April 1860 folgendes verfügt:

„Die oberamtliche Entscheidung, indem sie der Gemeinde Emmingen das Recht der ferneren Beweidung einer in die Markung von Oberjettingen abgetretenen Fläche von Privatgütern abspricht, geht davon aus, daß diese Kommune die Weide kraft des Markungsrechtes ausgeübt, die Weide also auch mit dem Markungsrechte verloren habe, weil sie sich solche nicht vorbehalten habe, übrigens sich auch nach dem Art. 13 des Schäfereigesetzes gar nicht hätte vorbehalten dürfen.

Was den letzteren Grund betrifft, so hat der Art. 13 des Gesetzes, welcher nur Schafweidedienstbarkeiten verbietet und demgemäß den Vorbehalt des Weiderechts auf einem veräußerten Gute untersagt, auf den gegenwärtigen Fall keinen Bezug, wo die Gemeinde Emmingen kein in ihrem Eigenthum befindliches Gut veräußert hat und wo auch keine neue Dienstbarkeit auf die betreffenden Grundstücke, die ja schon bisher von beiden Gemeinden beweidet worden sind, bestellt werden will.

Was aber den ersteren Grund betrifft, so besagt weder ein Gesetz, daß die Gemeindeweiderechte in ihrem extensiven Umfange nach der Markungsgrenze bestimmt werden, noch kann behauptet werden, daß absolut in dem rechtlichen Begriffe des Gemeindemarkungsrechtes das Gemeindeweiderecht auf den Markungsobjekten eo ipso enthalten sey als ein Bestandtheil und als Konsequenz des Markungsrechtes. Mag auch das geographische Gebiet des Markungsrechtes häufig mit dem Weidegebiet zusammenfallen, so ist doch damit ein rechtlich nothwendiger Zusammenhang der beiderlei Rechte der Markung und der Weide in dem angeführten Sinne nicht dargethan und es ist damit auch nicht einmal das, daß ein solcher Zusammenhang wenigstens als Regel zu präsumiren sey, dargethan.

Im vorliegenden Falle ist überdies die Weide auf dem fraglichen Distrikte zwischen zwei Gemeinden, zwei Markungsinhaberinnen bisher gemeinschaftlich gewesen, es hat sich also Weiderecht und Markungsrecht in diesem Falle nicht einmal rein gedeckt nnd es wäre darum um so mehr nothwendig gewesen, nachzuweisen, daß nach der besonderen konkreten Beschaffenheit des Falles eine rechtliche Abhängigkeit des Weiderechtes vom Markungsrecht z. B. in Folge besonderer Stipulationen bestehe, was aber nicht einmal behauptet worden ist.

Hienach wird unter Aufhebung der oberamtlichen Entscheidung vom 9. September v. J. erkannt, daß die Gemeinde Emmingen durch den Umstand der Abtretung des Markungsrechtes an dem in Frage befangenen Distrikte nicht gehindert sey, ihr auf den Gütern dieses Distrikts sonst zustehendes Weiderecht auszuüben. Die Sportel, welche auf 8 fl. gesetzt wird, haben beide Theile je zur Hälfte zu bezahlen und ihre Kosten je auf sich zu nehmen."

Die hiegegen bei dem K. Ministerium des Innern erhobene Beschwerde wurde vorzüglich darauf gestützt, daß überhaupt nur ein auf den Markungsverband und das Markungsrecht gestütztes Weiderecht öffentlich rechtlicher Natur

sey, mithin ein auf fremder Markung beanspruchtes Weiderecht einer Gemeinde überhaupt nur als Privatrecht denkbar sey, woraus von selbst folge, daß dasselbe von dem Administrativrichter abzuweisen und seine Verfolgung auf den Civilrechtsweg zu verweisen sey.

Hierauf hat das K. Ministerium des Innern vermöge Erlasses an die Kreisregierung vom 11. März 1861 die Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen und die Gemeinde Oberjettingen zur Bezahlung der Sportel von 10 fl. und zum Ersatz der in der Instanz des Ministeriums des Innern erwachsenen Kosten unter Anfügung folgender Gründe verurtheilt:

I. „Die Einsprache gegen die Zuständigkeit der Administrativbehörden zu den ertheilten Entscheidungen mußte abgesehen davon, daß die Gemeindebehörde von Oberjettingen von dem anfänglich betretenen Privatrechtswege wieder abgegangen ist und eine Entscheidung der Administrativbehörden darüber verlangt hat, ob die Gemeinde Emmingen der bisher neben der Gemeinde Oberjettingen geübten Schafweide auf den in Folge Vertrags vom 31. August 1842 von ihrer Markung getrennten und in die Markung von Oberjettingen übergegangenen Gütern verlustig geworden sey, für unbegründet angesehen werden, weil das Markungsverhältniß mit den daraus sich ergebenden Folgen dem öffentlichen Rechte angehört und von Seiten der Gemeinde Oberjettingen ein anderer Grund, aus welchem sie sich als die alleinige Inhaberin der Schafweide auf den bezeichneten Gütern ansehen zu dürfen glaubte, als der ihres Markungsrechtes, nicht geltend gemacht wurde. Uebrigens ist die Gemeinde Oberjettingen durch die ergangenen Erkenntnisse der Administrativbehörden nicht gehindert, den ordentlichen Rechtsweg wieder zu betreten, falls sie glaubt, daß der Gemeinde Emmingen die Beweidung der fraglichen Grundfläche aus privatrechtlichen Gründen untersagt werden könne.

II. In materieller Beziehung war in Betracht zu ziehen:

1) daß, was schon in dem Erkenntnisse der Kreisregierung hervorgehoben ist, das Weiderecht einer Gemeinde aus dem Markungsrechte noch nicht hervorgeht, indem keine gesetzliche Vorschrift besteht, welche dem Markungsinhaber Weiderechtsbefugnisse verleiht;

2) daß, wenn auch das Weiderecht der Gemeinde Emmingen seiner Zeit aus der Markungsgenossenschaft hervorgegangen seyn sollte, was übrigens durch die produzirten Urkunden nicht erwiesen worden ist, dieses Recht, nachdem es einmal seit unvordenklicher Zeit bestanden hat, durch eine Aenderung in den Markungsverhältnissen nicht ohne Weiteres zum Wegfall gebracht werden könnte;

3) daß die Gemeinde Oberjettingen durch das Markungsrecht kein Weiderecht erworben hat, daher nicht diese Gemeinde, sondern nur die Gesammtheit der Eigenthümer der der Weide unterworfenen Grundstücke es wäre, der denkbarerweise eine Einsprache gegen die Fortsetzung der Weide von Seiten der Gemeinde Emmingen zustehen könnte;

4) daß die von der Gemeindepflege in Oberjettingen aufgestellte Behauptung, es habe sich die Gemeinde Emmingen schon vor dem Vertrage vom Jahre 1842 bei der Beweidung der fraglichen Grundstücke im Unrechte befunden, jeder Begründung ermangelt, indem die Urkunden, auf welche sich Oberjettingen beruft, zwar darthun, daß Oberjettingen schon vor dem Vertrag vom Jahre 1842 die Fläche, über welche jetzt gestritten wird, beweiden durfte, daß aber hieraus eine Unrechtmäßigkeit der von Emmingen geübten Mitbeweidung dieser damals in *ihrer* Markung gewesenen Fläche nicht hervorgeht;

5) daß endlich die in den produzirten Urkunden weiter enthaltene Bestimmung, „Emmingen habe keine Zufahrt auf Oberjettingen," für die Beurtheilung des vorliegenden Streites ohne Bedeutung ist, indem hiebei keine Weideflächen in Frage stehen, die zu den Zeiten, aus welchen jene Urkunden herrühren, in Oberjettinger Markung sich befinden."

Die Gemeinde hat hierauf weiter Beschwerde an den

K. Geheimerath erhoben und in derselben ausgeführt, daß

1) die Fassung der Entscheidung der K. Kreisregierung, welche von dem Ministerium des Innern lediglich bestätigt wurde, wonach die Gemeinde Emmingen durch den Vertrag von 1842 nicht gehindert sey, das Weiderecht auf den in Frage stehenden Gütern auszuüben, unter allen Umständen schon deßhalb unrichtig sey, weil über die Frage, um deren Entscheidung gebeten worden, ob die Gemeinde Emmingen das Recht habe, die fraglichen Güter zu beweiden, mit jener negativen Erklärung nicht entschieden sey. Daraus, daß die Gemeinde Emmingen durch den Vertrag von 1842 nicht gehindert sey, einzuweiden, folge noch nicht, daß sie hiezu berechtigt sey, und eben hierüber sey eine Entscheidung verlangt worden.

2) Zur Sache selbst wird ausgeführt, daß der an sich unzweifelhafte Satz, daß in dem Markungsrecht nicht von selbst das Weiderecht enthalten sey, deßhalb für den vorliegenden Streit Nichts entscheide, weil nicht über das Weiderecht der Gemeinde Oberjettingen als Markungsinhaberin, sondern nur über das Recht der Gemeinde Emmingen, welche kein Markungsrecht auf die fraglichen Güter habe, gestritten worden, da die angestellte Klage nicht die konfessorische, sonder die negatorische sey.

3) Im Uebrigen wird der früher aufgestellte Grundsatz über Weiderechte auf fremder Markung weiter ausgeführt.

Hierauf hat der K. Geheimerath unter dem 21. August 1861 den Beschluß gefaßt:

„unter Abänderung der Erkenntnisse des K. Ministeriums des Innern vom 11. März 1861 und der Regierung des Schwarzwaldkreises vom 13. April 1860 zu erkennen, daß der Gemeinde Emmingen dasjenige auf dem Markungsverhältnisse beruhende Weiderecht mit Schafen, welches sie bis zu Abschluß des Vertrags vom 31. August 1842 auf dem durch diesen Vertrag an die Gemeinde Oberjettingen abgetretenen Theile ihrer Markung ausgeübt hat, nicht mehr zustehe, unter dem Vorbehalt für die Gemeinde Emmingen, einen etwa aus der Gestattung fernerer Mitbeweidung der

streitigen Fläche seit 1842 abzuleitenden Anspruch auf ein Recht dieser Mitbeweidung, als auf ein Uebertriebsrecht auf eine fremde Markung, vor dem Civilrichter zu verfolgen; daß ferner jeder der streitenden Theile die in sämmtlichen Instanzen von ihm aufgewendeten Kosten ohne Ersatz auf sich zu leiden, auch an den Sporteln aller Instanzen, welche für die gegenwärtige Instanz auf fünfzehn Gulden festgestellt werden, die Hälfte zu tragen habe.

Die Gründe — soweit sie ein allgemeines Interesse haben und hierher gehören, sind folgende:

I. Als feststehend ist (nach einer Ausführung über die Auslegung verschiedener Urkunden) anzunehmen, einmal, daß der Gemeinde Emmingen bis zu Vollziehung des Vertrags vom 31. August 1842, durch welchen sie das Markungsrecht über die in dem Vergleiche vom 9. Juni 1717 genannten Hof- und Lehengüter an Oberjettingen abgetreten hat, ein Recht der Mitbeweidung der jetzt streitigen Fläche zugestanden ist, sodann aber auch, daß dieses Recht seinen Grund und Ursprung in einer Gemeindeschäferei-Gerechtigkeit gehabt hat, welche der Gemeinde Emmingen auf sämmtlichen Grundstücken ihrer Markung eben nur darum, weil sie in der Gemeindemarkung lagen, zustand und die Grenze dieser unzweifelhaft in dem Markuugsverbande wurzelnden Gemeindeschäfereigerechtigkeit der Emminger, wie sie bis August 1842 bestand, hat sich mit der Grenze ihrer Markung, soviel die Akten ergeben, vollkommen gedeckt.

Die Feststellung des Rechtsverhältnisses vor dem Vertrage von 1842 bedingt nicht nur die Beantwortung der Frage nach der Zuständigkeit der Verwaltungsjustizstellen, sondern sie ist auch für die materielle Würdigung der Streitverhältnisse von Bedeutung.

II. Die Gemeinde Oberjettingen hat die Negatorienklage gegen Emmingen angestellt und dieselbe darauf gerichtet, daß die Beklagte zu fernerer Mitbeweidung derjenigen Fläche, welche durch den Vertrag vom 31. August 1842 aus der Markung von Emmingen in diejenige von Oberjet-

tingen übergegangen war, nicht berechtigt sey. Die Klage ist darauf gestützt worden, daß das früher bestandene Mitweiderecht der Beklagten, als ein lediglich aus dem Markungsverbande abgeleitetes, von dem Zeitpunkte an nicht mehr habe bestehen können, wo der fragliche Weidedistrikt aufgehört habe, einen Bestandtheil der Markung der Beklagten zu bilden, weil von nun an die Klägerin allein berechtigt geworden sey. Die Beklagte aber hat, ohne einen privatrechtlichen Titel für das ihr abgestrittene Weiderecht geltend zu machen, oder die thatsächlichen Grundlagen der Klage in Abrede zu stellen, nur die Richtigkeit der daraus gezogenen Folgerungen widersprochen und so war lediglich die Rechtsfrage bestritten, ob das innerhalb der Grenzen einer Markung und kraft des Markungsverhältnisses ausgeübte Weiderecht einer Gemeinde in der Art wesentlich durch das Innehaben der Markung bedingt sey, daß es mit einer Entäußerung des Markungsrechtes auf der von der Markung ausgeschiedenen Fläche für die des Markungsrechtes sich begebende Gemeinde von selbst zu bestehen aufhöre oder nicht?

Daß die Entscheidung dieser Streitfrage rein durch die Anwendung öffentlicher Normen bedingt ist, kann einem gegründeten Zweifel nicht unterliegen, es ist daher die Zuständigkeit der Verwaltungsjustizstellen für den vorliegenden Fall nicht zu beanstanden.

III. Was nun jene Entscheidung selbst betrifft, so muß die dem Erkenntnisse des Oberamts Herrenberg vom 9. September 1859 zu Grund liegende Ansicht, daß ein lediglich auf dem Markungsverbande beruhendes Recht einer Gemeinde, eine gewisse Fläche zu beweiden, für diese Gemeinde nur so lange bestehen kann, als jene Fläche auch wirklich einen Bestandtheil ihrer Markung bildet, als die in der Natur des Verhältnisses an sich begründete anerkannt werden. Ist das Gemeindeweiderecht wirklich der reine Ausfluß des Markungsrechts gewesen, hat sich die betreffende Gemeinde das Recht, jene bestimmte Fläche mit ihrem Vieh zu befahren, in der That aus keinem

andern Grunde zugeschrieben und zuschreiben können, als weil es die bei ihr hergebrachten und bestehenden Weideeinrichtungen mit sich bringen, daß alles innerhalb der Gemeindemarkung liegende Feld der Gemeindeweide unterliegt, so fällt damit, daß eine gewisse Fläche aufhört, innerhalb der Gemeindemarkung zu liegen, der alleinige Grund der bisherigen Ausübung des Gemeindeweiderechts und damit dieses nur als ein Accessorium des Markungsrechtes in Betracht kommende Recht selbst hinweg; und wenn auch Nichts dagegen zu erinnern wäre, daß eine Gemeinde, wenn sie einen Theil ihrer mit dem im Markungsverhältnisse wurzelnden Gemeindeweiderechte behafteten Markung an eine andere Gemeinde abtritt, ihr bisheriges Markungsweiderecht als Uebertriebsrecht auf fremder Markung sich vorbehalten wollte, wenn insbesondere der auf den vorliegenden Fall nicht passende Art. 13 des Schäfereigesetzes vom 9. April 1828 einem solchen Vorbehalte nicht entgegenstände, so versteht sich doch derselbe keineswegs von selbst; er müßte, um ein Uebertriebsrecht zu begründen, von der ihre Markung abtretenden Gemeinde ausdrücklich gemacht und von ihrer Mitkontrahentin angenommen worden seyn, was im vorliegenden Falle bei Abschluß des Vertrags vom 31. August 1842 unbestritten nicht geschehen ist.

Der Satz, das Weiderecht einer Gemeinde gehe aus dem Markungsrecht noch nicht hervor, indem keine gesetzliche Vorschrift bestehe, welche dem Markungsinhaber Weidebefugnisse verleihe, läßt sich gegen die Gemeinde Oberjettingen nicht geltend machen. Denn dieselbe ist nicht in der Lage, aus ihrem Markungsrecht ein Weiderecht überhaupt für sich abzuleiten. Die Gemeinde Oberjettingen hatte überhaupt gar nicht nöthig, darauf zu klagen, daß ihr ein Weiderecht auf der streitigen Fläche erst eingeräumt werde, ihr Recht, diese Fläche zu beweiden, steht als ein vor wie nach 1842 durchaus unbestrittenes da, sie klagt vielmehr darauf, daß Emmingen

nicht berechtigt sey, jene Fläche neben ihr zu beweiden, und auch diesen Anspruch auf Ausschließung der Gemeinde Emmingen von der Weide stützt sie nicht auf ihr Markungsrecht, sie behauptet vielmehr, Emmingen sey nicht mehr weideberechtigt, weil die streitige Fläche nicht mehr in die Emminger Markung gehöre, und der alleinige Grund des früheren Weiderechts dieser Gemeinde in deren im Jahr 1842 aufgegebenem Markungsrechte gelegen gewesen sey. Die so begründete Klage läßt sich auch nicht damit widerlegen, daß es rechtlich an sich wohl zulässig sey, daß eine Gemeindeweide auf fremder Markung ausgeübt werde.

Da endlich das längst vor dem Vertrage von 1842 bestandene Weiderecht der Gemeinde Oberjettingen auf den in Frage stehenden Distrikten dieser Gemeinde, wie in Ermanglung jeder gegentheiligen Andeutung oder Behauptung angenommen werden muß, als Gemeindeweiderecht zustand, so kann ihren Vertretern auch die Befugniß nicht abgesprochen werden, gegen eine Beschränkung dieses Gemeinderechts durch das Mitbeweiden Seitens ihrer Gegnerin Namens der Gemeinde klagend aufzutreten.

IV. Während dem Vorstehenden zufolge das von der Gemeinde Emmingen bis 1842 als Ausfluß des Markungsrechts auf eigener Markung ausgeübte Weiderecht auf der streitigen Fläche, vom Standpunkte des öffentlichen Rechts aus betrachtet, als mit der Abtretung des erstgenannten Rechtes an die Gemeinde Oberjettingen erloschen zu erklären ist, so fragt sich zwar noch, ob nicht die Gemeinde Emmingen das Recht der Mitbeweidung jener Fläche als ein Uebertriebsrecht auf fremder Markung dadurch erworben hat, daß sie auch nach Abschluß des Vertrags von 1842 noch 15 Jahre lang, wie sie behauptet, ohne Unterbrechung und ohne wesentliche Einsprache Seitens der Gemeinde Oberjettingen die fragliche Fläche mitbeweidet hat. Die Beantwortung dieser Frage

liegt jedoch außerhalb der Grenzen der Zuständigkeit der Verwaltungsjustizstellen. Denn nach Gestalt der Sache ließe sich als Titel für eine solche Rechtserwerbung nur die erwerbende Verjährung bestimmter Zeit denken, ein Titel, welcher, da der Grund der Ausübung des nunmehrigen Uebertriebsrechts auf fremder Markung so wenig in einem öffentlich rechtlichen Verhältnisse wurzelt, daß sie vielmehr erst mit dem Zeitpunkte der Auflösung eines solchen Verhältnisses und in Folge dieser Auflösung begonnen hat, nur vor dem Civilrichter geltend gemacht werden könnte, dessen Anrufung der Gemeinde Emmingen immerhin freigestellt bleiben muß.

II.

Fragmente.

1) Mittheilungen aus der Rechtsprechung des Obertribunals in Wechselsachen mit Bemerkungen.

(Von Oberjustizrath Dr. Kübel.)

Zu Art. 1 der a. d. W.=O.

1) Wechselfähigkeit der Ehefrauen. Deren Nachweis gehört zur Begründung der Klage.

Nach den Bestimmungen des württembergischen Landrechts ist der Ehemann, wenn nicht ein die landrechtlichen Bestimmungen abändernder Ehevertrag in der Mitte liegt, der gesetzliche Verwalter des beiderseitigen Vermögens der Ehegatten, und soweit dieses Verwaltungsrecht des Ehemanns sich erstreckt, kann eine verheirathete Frau ohne dessen Beistimmung in Beziehung auf ihr Vermögen keine vertragsmäßige Verbindlichkeit giltig übernehmen. In Folge dessen kann eine Ehefrau, welche zur Eingehung von verpflichtenden Verträgen der Einwilligung ihres Ehemanns bedarf, auch eine wechselmäßige Verpflichtung nur unter Genehmigung ihres Ehe=

manns eingehen. Wird daher gegen eine Ehefrau auf den Grund einer von ihr eingegangenen Wechselverpflichtung geklagt, so hat der Wechselkläger zu Begründung seiner Klage nachzuweisen, daß der Ehemann zur Uebernahme der Wechselverbindlichkeit durch die Ehefrau seine Einwilligung ertheilt hat, oder daß nach den unter den Eheleuten bestehenden besonderen Vertragsverhältnissen jene Einwilligung zur Giltigkeit der Wechselverpflichtung der Ehefrau nicht erforderlich war. Denn nur in diesen beiden Fällen liegt eine giltige Wechselverbindlichkeit der Ehefrau vor; daß die Verbindlichkeit, aus welcher geklagt wird, eine giltige sey, hat aber der Kläger zu behaupten und zu beweisen. In einem Falle, in welchem aus einem, von einer Ehefrau ohne Zustimmung des Ehemanns acceptirten Wechsel gegen erstere geklagt worden und in der Klage nur im Allgemeinen bemerkt worden war, daß die Ehefrau von ihrem Manne getrennt lebe und ihr das freie Verwaltungsrecht über ihr Vermögen eingeräumt worden seye, wurde daher der Wechselprozeß nicht erkannt, sondern dem Wechselkläger aufgegeben, vor Allem den Grund zu bezeichnen und nachzuweisen, auf welchem das Recht der beklagten Ehefrau beruhe, ohne Zustimmung ihres Ehemanns wechselrechtlich sich zu verpflichten.

Beschluß des Obertribunals vom 4. Oktober 1862 in S. Dollmetsch c. Steinbrück und v. 8. Oktober 1862 in S. Melber c. Steinbrück.

Nach der Ansicht des Obertribunals zu Berlin muß die Einwilligung des Ehemanns, wo solche zur Uebernahme einer wechselmäßigen Verpflichtung der Ehefrau erforderlich ist, auf den Wechsel selbst gesetzt seyn, weil die Wechselverpflichtung ihr alleiniges Fundament nur in dem Wechsel selbst habe.[1] Dieser Ansicht

[1] Borchardt, Wechselordnung (2. Aufl.) S. 10, Zus. 16. Striethorst, Archiv, Bd. 9, S. 77, Bd. 10, S. 182. Archiv für d. W.-R. Bd. 4, S. 192.

hat sich O. Wächter[2] angeschlossen. Allein mit Recht wird von Löwy[3] hiegegen bemerkt, daß die Genehmigung des Ehemanns nicht zu den gesetzlichen Erfordernissen eines Wechsels gehöre, soferne die Art. 4 und 96 der a. d. W.-O., welche erschöpfende Bestimmungen über die Form des Wechsels enthalten, nirgend vorschreiben, daß die Dispositionsfähigkeit des Wechselausstellers beziehungsweise die für die Dispositionsfähigkeit der Ehefrau maßgebende Einwilligung des Ehemanns aus dem Wechsel selbst erhellen müsse. Vorsichtiger wird es jedoch immerhin seyn, wenn der Wechselgläubiger dafür Sorge trägt, die Genehmigung des Ehemanns auf dem Wechsel beurkunden zu lassen, um sich dadurch einen liquiden Beweis derselben zu verschaffen. Das hiesige Obertribunal hat bisher stets angenommen, daß schon in der Mitunterschrift des Wechsels durch den Ehemann dessen Einwilligung in die Uebernahme der Wechselverpflichtung durch seine Ehefrau zu finden seye, wenn nicht besondere Gründe dieser Annahme entgegenstehen. Der Gerichtshof zu Eßlingen dagegen ist der Ansicht, daß die Einwilligung des Ehemanns aus seiner Mitunterschrift des Wechsels noch keineswegs gefolgert werden könne.[4] Es wird sich jedoch nach allgemeinen Grundsätzen weder das eine noch das andere unbedingt behaupten lassen, vielmehr wird es stets auf die Umstände des einzelnen Falles ankommen, ob der Beweis der Einwilligung des Ehemanns in seiner Mitunterschrift gefunden werden kann oder nicht. Vom Standpunkte des würtembergischen Rechts läßt sich übrigens für die Ansicht des Obertribunals der Art. 13 des Pfandentwicklungsgesetzes vom 13. Mai 1828 geltend machen, indem

---

[2] Wechsellehre, S. 100.

[3] Im neuen Archiv für Handelsrecht von Voigt und Heineken, Bd. 4, Seite 11, Note 32.

[4] Tafel, Civilrechtsspr., Bd. 5, S. 231 f.

hienach bei einem von beiden Eheleuten unterschriebenen Schuldscheine die rechtliche Vermuthung für die gemeinschaftliche Eingehung der Schuld streitet,[5] eine gemeinschaftliche Eingehung einer Verbindlichkeit aber die Einwilligung des Ehemanns zur Uebernahme derselben Seitens der Ehefrau nothwendig in sich begreift.

Zu Art. 29 der a. d. W.-O.

2) Regreß auf Sicherstellung wegen Unsicherheit des Acceptanten; Voraussetzungen.

A, welcher im Besitze eines von C auf ihn indossirten, von B acceptirten noch unverfallenen Wechsels war, hatte von dem Exekutionskommissär erfahren, daß dieser im Begriffe seye, gegen B die Einleitung einer Vermögensuntersuchung zu beantragen, weil mehrere Wechsel gegen denselben auf Exekution stehen, diese aber wegen Befürchtung des Vorhandenseyns einer Ueberschuldung nicht eingeleitet werden könne. In Folge dieser Erklärung hatte A Sicherheit in Betreff der acceptirten Summe von B gefordert und, als diese nicht geleistet worden, Protest gegen denselben erheben lassen, auf dessen Grund er sodann weiter gegen seinen Vormann C Sicherstellung forderte und, als er sie auf gütlichem Wege nicht erlangen konnte, im Wege des Wechselprozesses hierauf klagte. Diese Klage wurde abgewiesen, weil wegen Unsicherheit des Acceptanten Sicherheitsleistung nur in zwei Fällen gefordert werden könne, 1) wenn über sein Vermögen der Konkurs eröffnet seye, oder er seine Zahlungen eingestellt habe, 2) wenn nach Ausstellung des fraglichen Wechsels eine Exekution in das Vermögen des Acceptanten fruchtlos ausgefallen oder gegen denselben Personalarrest verfügt worden seye, — keine dieser beiden Voraussetzungen aber in dem gedachten Falle zur Zeit der Protesterhebung vorhanden gewesen seye, so-

[5] Vergl. Bolley, Comm. Bd. 3, S. 1155, 1156.

ferne eine Ueberschuldung damals nur befürchtet worden und eine Exekution noch gar nicht stattgefunden habe, die Protesterhebung somit nicht gerechtfertigt gewesen seye, und auf Grund dieses Protests daher auch keine Sicherstellung von den Vormännern gefordert werden könne.

Entsch. des Obertribunals vom 9. April 1862 in S. Wegerle c. Reisinger.

Zu Art. 45 d. a. d. W.-O.

3) Die Benachrichtigung des Vormanns von der Protesterhebung hat der Wechselkläger nur im Falle einer dießfälligen Einwendung des Beklagten zu beweisen.

Die Benachrichtigung des Vormannes ist nach den Bestimmungen der a. d. W.-O. keine das Regreßrecht selbst bedingende wechselrechtliche Solennität, sondern es ist deren Unterlassung nur mit gewissen Nachtheilen verknüpft, soferne sie den Wechselinhaber zum Ersatz des dadurch entstandenen Schadens verpflichtet, und des Anspruchs auf Zinsen und Kosten verlustig macht. Nur wenn der mit der Regreßklage belangte Wechselschuldner wegen unterlassener Notifikation die Befreiung von der Verbindlichkeit zur Bezahlung von Zinsen und Kosten, oder compensando seinen Schaden geltend macht, kommt daher die Frage, ob die Notifikation rechtzeitig und vorschriftsmäßig erfolgt ist, in Betracht. Demzufolge war die Leipziger Wechselkonferenz einstimmig der Ansicht, daß der Inhaber eines Wechsels nicht gehalten sey, gleichzeitig mit Anstellung der Regreßklage den Beweis der rechtzeitig geschehenen Notifikation des Protests an den Vormann zu liefern, sondern derselbe erst dann den Beweis zu führen habe, wenn der in Anspruch genommene Rembourspflichtige die nicht gehörig bewirkte Notifikation entgegensetzt.[6] Hienach bedarf es in der Klagschrift einer

[6] Protokolle der Leipziger Wechselkonferenz (Leipziger Ausgabe 1848) S. 172.

Erwähnung der geschehenen Notifikation nicht, es ist vielmehr Sache des mit der Regreßklage belangten Beklagten, die Unterlassung der Notifikation geltend zu machen, wenn er hierauf eine Einwendung gegen die Klage gründen will.[7] Der Beweis der geschehenen Notifikation fällt aber nichts desto weniger auf den Kläger, wenn dieselbe von dem belangten Wechselschuldner geläugnet wird, da die Notifikation eine dem Inhaber des Wechsels seinen Vormännern gegenüber durch das Gesetz auferlegte, den Anspruch auf Zinsen und Kosten bedingende Verpflichtung ist, und die im Regreßwege auf Bezahlung von Zinsen und Kosten belangten Vormänner daher verlangen können, daß der Wechselinhaber die Erfüllung seiner Verpflichtung als die Voraussetzung des Anspruchs auf

---

[7] Borchardt, W.-O. (2. Aufl.) S. 128, Zus. 249. Haimerl, Anl. zum Studium des Wechselrechts, S. 160. — Der von Borchardt aufgestellte Satz, daß die Behauptung der Notifikation des Protests nicht zum Klagegrunde gehöre, ist in dieser Allgemeinheit nicht richtig, denn der Anspruch auf Zinsen und Kosten ist nach dem Schlußsatze des Art. 45 durch die Notifikation bedingt, es gehört somit die Behauptung dieser Notifikation, als der thatsächlichen Voraussetzung jenes Anspruchs, unzweifelhaft zum Klagegrunde; strenge genommen sollte man daher auch verlangen, daß wenn Zinsen und Kosten gefordert werden, schon in der Klagschrift die Behauptung der Notifikation aufgestellt werde, da diese Behauptung zur vollständigen Begründung der Klage gehört. Die Leipziger Wechselkonferenz hat sich nur dafür ausgesprochen, daß der Beweis der Notifikation nicht schon mit Anstellung der Regreßklage, sondern erst im Falle der Abläugnung durch den Beklagten zu liefern seye, daß auch die Behauptung der geschehenen Notifikation aus dem Klagvortrage wegbleiben könne, folgt hieraus nicht von selbst. Das Obertribunal hat sich jedoch hiefür entschieden, und es wird sich dieß um so mehr rechtfertigen lassen, als schon in der Forderung von Zinsen und Kosten die stillschweigende Behauptung der Erfüllung der Bedingungen dieses Anspruchs gefunden werden kann, und eine Prüfung, ob die Notifikation wirklich stattgefunden, doch nur im Falle einer dießfälligen Einwendung des Beklagten einzutreten hat, somit, so lange dieß nicht der Fall, als geschehen zu unterstellen ist.

Zinsen und Kosten in der im Art. 46 vorgeschriebenen Weise bescheinige.[8]

Entsch. des Obertribunals vom 10. August 1849 in S. Münch c. Scholl; v. 7. Dez. 1861 in S. Jacoby c. Seisser; vom 1. Oktober 1862 in S. Christmann c. Stoll und in S. Melber c. Gehr.

Zu Art. 78 u. 79 der a. d. W.-O.

4) Berechnung der Verjährungsfristen.

In den Art. 78 und 79 der allgemeinen deutschen Wechselordnung sind die Fristen für die Verjährung der Regreßansprüche des Inhabers und der Indossanten nach Monaten bestimmt, ohne daß dabei bemerkt ist, wie diese Monate zu berechnen seyen. Es entsteht daher der Zweifel, welche Berechnung hier einzutreten hat. Da jedoch der Art 32 für die Berechnung der nach Monaten bestimmten Verfallzeit die Bestimmung enthält, daß diese an demjenigen Tage des Zahlungsmonats eintrete, der durch seine Zahl dem Tage der Ausstellung oder Präsentation des Wechsels entspricht, beziehungsweise, wo dieser Tag in dem Zahlungsmonate fehlt, der Wechsel an dessen letztem Tage verfalle, ein besonderer Grund aber nicht vorliegt, um anzunehmen, daß diese Bestimmung ausschließlich nur für die Berechnung der Zahlungs- oder Verfallzeit eines Wechsels habe gegeben werden wollen, vielmehr anzunehmen ist, daß hiemit überhaupt als leitender Grundsatz habe aufgestellt werden wollen, es solle bei nach Monaten bestimmten Fristen von Monatstag zu Monatstag gerechnet werden, so erscheint es als genügend gerechtfertigt, diese Vorschrift auch auf die Berechnung der nach Monaten bestimmten Verjährungsfristen analog anzuwenden, und den dem Anfangstage der Verjährung

---

[8] Ein strenger Beweis wurde von der Leipziger Wechselkonferenz nicht für erforderlich erachtet; man nahm an, daß eine Bescheinigung genügen müsse; Protokolle der Leipziger Wechselkonferenz (Leipzig 1848) S. 106, 169 f. Daher die Bestimmung des Art. 46 der allgemeinen deutschen Wechselordnung.

entsprechenden Kalendertag als den Ausgangstag der Verjährungszeit anzunehmen.[9]

Beschluß des Obertribunals vom 1. Oktober 1862 in S. Christmann c. Stoll und vom 12. November 1862 in S. Melber c. Wanser.

Zu Art. 77—79 u. 83 der a. d. W.-O.

5) Restitution gegen die Wechselverjährung.

Die allgemeine deutsche Wechselordnung enthält keine, die Restitution gegen die abgelaufene Wechselverjährung betreffende Bestimmung. Dagegen führt O. Wächter[10] an, daß nach dem Ausspruch der Leipziger Wechselkonferenz eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf der Verjährung nicht stattfinde. Allein ein solcher Ausspruch findet sich in den Protokollen der Leipziger Konferenz nicht, ja es ist gar nicht einmal ersichtlich, daß die Frage der Statthaftigkeit der Restitution gegen die Wechselverjährung überhaupt nur zur Sprache gekommen. Wahrscheinlich beruht die Bemerkung Wächters auf einer Verwechslung. In der Sitzung vom 17. November 1847 kam nämlich bei der Berathung des, von der wechselmäßigen Verpflichtung aus den verschiedenen möglichen Wechselerklärungen, Ausstellung, Accept, Indossirung u. s. w., handelnden §. 74 des preußischen Entwurfs[11] (Art. 81 der a. d. W.-O.) die Frage der Statthaftigkeit einer Restitution gegen Wechselerklärungen zur Sprache. Daß gegen diese die Restitution unstatthaft seye, war die Konferenz einverstanden,

---

[9] Borchardt, Wechselordnung (2. Aufl.), S. 162. Haimerl, Anleitung zum Studium des Wechselrechts, S. 227. Erkenntniß des österreichischen obersten Gerichtshofs vom 22. Juli 1856, 19. Januar 1858 und 28. April 1859. Archiv für deutsches Wechselrecht, Bd. 6, S. 419, Oesterreichische Gerichtszeitung von 1858, Nr. 33 und von 1859, Nr. 63.

[10] Wechsellehre, S. 624.

[11] Protokolle der Leipziger Konferenz (Leipzig 1848), S. XVI.

und nur darüber verschiedener Meinung, ob eine dießfällige Vorschrift in das Gesetz aufzunehmen seye; von der Majorität wurde sich jedoch für die Aufnahme entschieden.[12] Allein die Redaktionskommission nahm demungeachtet eine Bestimmung in das Gesetz nicht auf, was in der Sitzung vom 8. Dezember 1847 bei der Berathung des, von der Unterbrechung der Wechselverjährung handelnden §. 81 des Entwurfs der Fassungskommission[13] (Art. 81 der a. d. W.-O.) zu der Bemerkung Veranlassung gab, es seye gegen den früher gefaßten Beschluß in dem Entwurf keine Bestimmung über die Unzulässigkeit der in integrum restitutio aufgenommen worden.[14] Da diese Bemerkung, wie erwähnt, bei der Berathung des von der Verjährung handelnden §. 81, nicht erst bei Berathung des §. 82 und 83 gemacht wurde, zu welchen Paragraphen die Bemerkung eigentlich gehörte, so lag die Verwechslung nahe, daß hier von der Unstatthaftigkeit der Restitution gegen die Wechselverjährung die Rede gewesen. Allein die Vergleichung mit dem oben angeführten früheren Beschlusse der Konferenz vom 17. Nov. 1847 zeigt, daß dieß nicht der Fall und es sich vielmehr nur um die Restitution gegen Wechselerklärungen handelte, und es wird dieß auch durch die, der Bemerkung in der Sitzung vom 8. Dezember 1847 selbst gegebene Beziehung auf den §. 83 des Entwurfs der Fassungskommission[15] (Art. 82 der a. d. W.-O.) bestätigt, soferne in dem Protokoll nach Anführung der fraglichen Bemerkung weiter gesagt ist: „Obwohl gegen diese Auslassung (der Bestimmung über die Zulässigkeit der in integrum restitutio) nicht geradezu Widerspruch erhoben wurde, hielt man von einer Seite nun doch mindestens

---

[12] Ebendaselbst, S. 144.
[13] Ebendaselbst, S. 264.
[14] Ebendaselbst, S. 241.
[15] Ebendaselbst, S. 265.

eine etwas andere Fassung des §. 83 nöthig, dergestalt, daß derselbe nicht blos auf Einreden im wahren Sinne, sondern auch auf andere Einwendungen und Rechtsbehelfe des Klägers bezogen werden könne. Anderer Seits hielt man dieß Letzte nicht für durchaus erforderlich, wohl aber die unbedingte Ausschließung der in integrum restitutio für nöthig, und mindestens eine Bemerkung im Protokolle, etwa dahin, für angemessen: man sey davon ausgegangen, daß keine Einreden und sonstigen Rechtsbehelfe vorgebracht werden dürften, als solche, die sofort liquide gemacht werden könnten. Da man indeß diesen Satz nicht in die allgemeine Wechselordnung aufgenommen, sondern in die Prozeßordnung verwiesen habe, so habe man dafür gehalten, daß auch eine etwaige Bestimmung über die in integrum restitutio in die Prozeßordnung gehöre." Demgemäß wurde dann auch beschlossen, keine Vorschrift bezüglich der Unzulässigkeit der in integrum restitutio in die Wechselordnung aufzunehmen.[16] — Hienach kann darüber ein gegründeter Zweifel nicht bestehen, daß die Leipziger Konferenz sich nur gegen die Unstatthaftigkeit der Restitution gegen Wechselerklärungen, nicht aber auch der Restitution gegen die Wechselverjährung ausgesprochen hat, und da die Wechselordnung selbst keine dießfällige Bestimmung enthält, so ist man lediglich an die allgemeinen civilrechtlichen Bestimmungen gewiesen, deren Anwendung auf die Wechselverjährung besondere Gründe nicht entgegenstehen. Die Wechselordnung hat nur insoweit, sie als Abweichendes vom allgemeinen Civilrechte festsetzen wollte, besondere Bestimmungen bezüglich der Wechselverjährung aufgenommen; soweit dieß nicht der Fall, muß daher, wo nicht in dem Wesen des Wechselrechts liegende Gründe dagegen sprechen, was hier nicht der Fall, zur Ergänzung der Lehre auf das allgemeine Civilrecht zurückgegangen werden. Nach den allgemeinen

[16] Ebendaselbst, S. 241.

civilrechtlichen Bestimmungen findet aber Restitution, wenn auch nicht gegen eine allgemeine dreißig- oder mehrjährige Verjährung, so doch gegen den Ablauf der in einer kürzeren Zeit, als 30 Jahren ablaufenden Verjährung aus dem Grunde der Abwesenheit und den ihr gleichgestellten Gründen statt.[17] Dasselbe muß bei der kurzen Wechselverjährung gelten, und es hat daher auch das Obertribunal sich dafür ausgesprochen, daß die Restitution gegen die Wechselverjährung aus denselben Gründen Platz greife, aus welchen sie gegen die kurze civilrechtliche Verjährung stattfindet.

Beschluß des Obertribunals vom 1./8. Oktober 1862 in S. Braun c. v. Gemmingen.

Zu Art. 80 der a. d. W.-O.

6) Ist die nach Unterbrechung der Wechselverjährung beginnende neue Verjährung wieder an die kurze Verjährungsfrist der Wechselordnung gebunden?

Durch Behändigung der Wechselklage wird die Wechselverjährung unterbrochen. Mit der Unterbrechung der Verjährung tritt nach gemeinem Civilrecht sofort die uneigentlich so genannte Perpetuation der Klage ein, d. h. wenn nun der Prozeß zu irgend einem Zeitpunkte liegen bleibt, oder, was diesem gleichsteht, ausdrücklich sistirt wird, so verjährt die Klage von der letzten gerichtlichen, vom Gerichte oder von der Partei vor dem Gerichte vorgenommenen, Handlung an erst in vierzig Jahren.[18] Das württembergische Recht weicht hievon nur insoferne ab, als nach der Bestimmung des Landrechts Thl. I., Tit. 25, §. 6 nicht schon die Unterbrechung der Verjährung, welche durch die Mittheilung der Klage

---

[17] Vergl. Wächter, württ. Privatr., Bd. 2, S. 839 f. 844, 846. Savigny, System, Bd. 3, S. 407 f.

[18] Wächter, Erörterungen, Heft 3, S. 36 f., 90 f., 96 f.

bewirkt wird, [19] sondern erst die Litiskontestation die Perpetuation der Klage bewirkt, somit nach württembergischem Recht nach der durch die Mittheilung der Klage bewirkten Unterbrechung der Verjährung die der Klage an sich ursprünglich zukommende Verjährungsfrist von Neuem wieder zu laufen beginnt, wenn der Prozeß vor der Streiteinlassung liegen bleibt, und erst, wenn es vor dem Ablaufe der ursprünglichen Verjährungsfrist zur Litiskontestation gekommen, und nach dieser die Klage wieder liegen bleibt, solche regelmäßig einer vierzigjährigen Verjährung unterworfen ist. [20] Doch erleidet auch letzteres Ausnahmen, indem bei ästimatorischen Injurienklagen in Gemäßheit der Bestimmung des Art. 17 des Gesetzes über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen vom 5. September 1839 vergl. mit Art. 130 des Strafgesetzbuchs vom 1. März 1839 die Perpetuation der Klage sich nur auf fünf Jahre erstreckt, und ferner durch Art. 7 des Gesetzes vom 6. Mai 1852, die Einführung einer kürzeren Verjährungsfrist für gewisse Forderungen betreffend, bestimmt ist, daß, wenn der Berechtigte die Klage ruhen lasse, die für die betreffenden Forderungen festgesetzte dreijährige Verjährungszeit von dem Tage zu laufen beginne, an welchem die letzte Parteihandlung erfolgt oder die letzte Verfügung der Behörde dem Kläger eröffnet worden ist. Da nun die allgemeine deutsche Wechselordnung eine Bestimmung bezüglich der Perpetuation der Wechselklagen, seye es durch Behändigung der Klage oder durch Streiteinlassung, nicht enthält, so entsteht die Frage, ob die gedachten Bestimmungen des gemeinen, beziehungsweise württembergischen Civilrechts auch

---

[19] Hiefür hat sich das Obertribunal schon am 30. Mai 1828 in S. H. c. G. ausgesprochen, und inzwischen stets hieran festgehalten, so z. B. den 8. November 1834 in S. F. c. R., den 19. Juni 1852 in S. L. c. H. J.

[20] Wächter, a. a. O., Seite 98, 99.

auf die Wechselverjährung Anwendung finden, oder ob nicht vielmehr für die nach stattgefundener Unterbrechung der Wechselverjährung im Falle des Liegenbleibens oder der Sistirung des Prozesses beginnende neue Verjährung wieder die in der allgemeinen deutschen Wechselordnung für die Wechselverjährung festgesetzten kurzen Fristen zur Anwendung zu kommen haben. Vom Standpunkte des württembergischen Rechts könnte es sich nach der angeführten Bestimmung des Landrechts von dem Laufe einer 40jährigen Verjährung jedenfalls nur dann handeln, wenn die Wechselklage nicht nur dem Beklagten behändigt, sondern auch von demselben liskontestirt worden, während in dem Falle, wenn nach der durch Behändigung der Klage eingetretenen Unterbrechung der Wechselverjährung vor der Litiskontestation der Prozeß liegen geblieben oder sistirt worden, welch' letzterer Fall wohl der häufigere seyn wird, auch nach den Bestimmungen des württembergischen Civilrechts für die von dem Liegenbleiben des Prozesses an beginnende neue Verjährung wieder die in der Wechselordnung für die Wechselverjährung festgesetzten kurzen Verjährungsfristen maßgebend seyn würden. Allein es wird dasselbe auch da, wo das gemeine Recht gilt, sowie nach württembergischem Rechte in dem Falle, wo nach der Litiskontestation eine neue Verjährung beginnt, Anwendung finden müssen. Die allgemeine deutsche Wechselordnung kennt in Wechselsachen eine andere als jene kurze Verjährungszeit überhaupt nicht, und es würde dem, der Festsetzung kurzer Verjährungsfristen für die Wechselverjährung unterliegenden und im Interesse der Sicherheit des Verkehrs gegründeten Zwecke, eine schleunige Abwicklung des ganzen Wechselgeschäfts zu bewirken, geradezu widerstreiten, wenn nach stattgefundener Unterbrechung der kurzen Verjährung, beziehungsweise nach geschehener Litiskontestation nunmehr nur eine vierzigjährige Verjährung von dem Ruhen des Prozesses an Platz greifen könnte. Es läßt sich daher nicht annehmen, daß die Wechselordnung die

sonstigen Grundsätze von der sogenannten Perpetuation der Klage durch Klagbehändigung oder Streiteinlassung auch als auf die Wechselklagen anwendbar habe anerkennen wollen, vielmehr muß nach dem Grunde und Zwecke der Festsetzung kurzer Fristen für die Wechselverjährung angenommen werden, daß diese allgemein maßgebend seyn sollen. Diesem läßt sich nicht, wie von Purgold und Brauer gegen Hoffmann geschehen, entgegenhalten, daß der bloße Zweckmäßigkeitsgrund, daß die Verjährungszeit des gemeinen Rechts für wechselrechtliche Verhältnisse zu lange dauere, nichts entscheiden könne. Denn es handelt sich nicht um einen Zweckmäßigkeitsgrund, sondern um eine überall zulässige Auslegung des Gesetzes und zwar ebensowohl nach seinen Worten, sofern dasselbe die kurzen Verjährungsfristen für Wechselsachen allgemein festsetzt, ohne eine Ausnahme für die nach der Unterbrechung beginnende neue Verjährung zu machen, wie nach dem Grunde, Zwecke und Geiste des Gesetzes. Ein Zurückgehen auf die Bestimmungen des allgemeinen Civilrechts bezüglich der Perpetuation der Klage ließe sich nur dann rechtfertigen, wenn angenommen werden müßte, daß die Wechselordnung jene Bestimmungen auch für das Wechselrecht bestehen zu lassen beabsichtigt habe. Dieß anzunehmen, hat man aber weder innere, noch zwingende äußere Gründe, vielmehr spricht der ganze Geist des Gesetzes dagegen, und die Motive zu dem neuesten preußischen Entwurf, sowie die Protokolle der Leipziger Wechselkonferenz lassen die Frage unentschieden. Der erste preußische Entwurf, welcher in Wechselsachen nur Eine Verjährung, die Einjährige kannte, hatte im §. 287 ausdrücklich bestimmt, daß eine jede neue Verjährung wieder auf die einjährige Frist beschränkt seyn solle. An letzterer Bestimmung wurde auch in dem Kommissionsbericht, betreffend die Vernehmung von Sachverständigen über den Entwurf einer Wechselordnung festgehalten, obwohl nach den Berathungen der Sachverstän-

digen je nach dem Zahlungsorte verschiedene kürzere oder längere Verjährungsfristen eintreten sollten, so daß also hienach für die Frist der nach der Unterbrechung beginnenden neuen Verjährung nicht die frühere, sondern eine besondere gewesen wäre. Der neueste preußische Entwurf kehrte in §. 73 wieder zu der einjährigen Verjährungsfrist des ersten Entwurfs zurück, [21] enthält jedoch bezüglich der im Falle der Unterbrechung für die neue Verjährung geltenden Fristen keine ausdrückliche Bestimmung, und in den Motiven ist nur gesagt, daß eine besondere Bestimmung über den Wiederanfang der durch Klage unterbrochenen Verjährung, also bezüglich der Frage, von welchem Zeitpunkte an die durch Klagbehändigung unterbrochene Verjährung von Neuem zu laufen beginne, nicht für nothwendig erachtet worden sey, indem es äußerst selten vorkommen werde, daß ein Wechselprozeß liegen bleibe, und für diesen seltenen Fall die allgemeinen Rechtsgrundsätze genügen werden. [22] Bezüglich unserer Frage, welche Fristen für den Fall des Wiederbeginns der durch Klage unterbrochenen Verjährung maßgebend seyn sollen, ist in den Motiven nichts bemerkt, und daraus, daß in denselben davon ausgegangen wird, daß für die Festsetzung des Anfangspunktes des Wiederbeginns der Verjährung die allgemeinen Rechtsgrundsätze genügen werden, läßt sich nicht folgern, daß auch bezüglich der Zeitdauer der nach der Unterbrechung beginnenden neuen Verjährung die allgemeinen Rechtsgrundsätze als maßgebend haben bezeichnet werden wollen. Auch die Verhandlungen der Leipziger Wechselkonferenz geben hiefür nichts Entscheidendes an die Hand. Zwar wurde der in der Sitzung vom 8. Dezember 1847 von dem Vizepräsidenten Dr. Einert gestellte Antrag, zu größerer Sicherung der Betheiligten am Ende des §. 81 des Entwurfs der Redaktionskommission (des jetzigen Art. 80)

---

[21] Protokolle der Leipziger Wechselkonferenz (Leipzig 1848), S. XVI.
[22] Ebendaselbst S. LXXIII.

den Zusatz anzuhängen: „und beginnt dann eine Verjährung von gleicher Dauer," von der Konferenz nicht genehmigt, indem sich nur drei Stimmen dafür erklärten,[23] und es wird sich hierauf dafür berufen, daß die Absicht der Konferenz gewesen, die Entscheidung der Frage, wann die durch die Klage einmal unterbrochene Verjährung zum zweitenmale eingetreten sey, dem gemeinen Rechte, beziehungsweise dem über Verjährung im Allgemeinen geltenden Partikularrechte zu überlassen.[24] Allein da die Gründe der Ablehnung des Antrags aus dem Protokolle nicht ersichtlich sind, so läßt sich nicht ohne Weiteres unterstellen, daß man hiebei davon ausgegangen, es sollen nach Unterbrechung der Verjährung die kurzen Fristen der Wechselordnung ausgeschlossen seyn, da die Ablehnung des Zusatzes auch darin ihren Grund gehabt haben kann, daß eine besondere dießfällige Bestimmung gar nicht für nöthig erachtet, vielmehr die Geltung der kurzen Fristen der Wechselordnung auch für den Fall des Laufs einer neuen Verjährung nach vorangegangener Unterbrechung derselben als schon in der allgemeinen und ausnahmslosen Festsetzung dieser Fristen für die Wechselverjährung überhaupt ausgesprochen angenommen wurde, welche Unterstellung um so näher liegt, als in Preußen, Oesterreich und den Ländern des französischen Rechts ohnedieß der Satz gilt, daß nach Beendigung der Unterbrechung der früheren Verjährung wieder eine neue von gleicher Dauer zu laufen beginnt.[25] Man ist daher an die allgemeinen Auslegungsregeln gewiesen, und diese scheinen mir nach dem oben Bemerkten darauf zu führen, daß die kurzen Verjährungsfristen der allgemeinen deutschen Wechselordnung

---

[23] Ebendaselbst, S. 241. Unrichtig bemerkt Brauer im Archiv für deutsches Wechselrecht, Bd. 11, S. 120, es habe sich nur Eine Stimme für den Einert'schen Antrag erklärt.

[24] Archiv für deutsches Wechselrecht, Bd. 10, S. 19.

[25] Preußisches allgemeines Landrecht, Thl. 1, Tit. 9, §. 554. Oesterreichisches allgemeines bürgerliches Gesetzbuch §. 1497. Zachariä, Handbuch des französischen Civilrechts, Bd. 1, §. 213.

auch auf eine nach unterbrochener Verjährung beginnende neue Verjährung Anwendung zu finden haben. Von den Commentatoren der Wechselordnung stimmen mit der in Vorstehendem dargelegten Ansicht überein Borchardt,[26] Blaschke,[27] Hoffmann[28] und O. Wächter,[29] ebenso wurde dieselbe von dem Oberappellationsgericht zu Dresden in Entscheidungen vom 2. Oktober 1849 und 19. August 1852 zur Anwendung gebracht,[30] und auch das Obertribunal zu Berlin hat in einer Entscheidung vom 28. Mai 1859 ausgesprochen, daß, wenn die insinuirte Klage zurückgenommen werde, die neue von Zurücknahme jener Klage ab eintretende Verjährung wieder nach den in der Wechselordnung vorgeschriebenen Fristen zu berechnen sey.[31] Dagegen sind Liebe,[32] Christoph,[33] Renaud,[34] Gengler,[35] Purgold[36] und Brauer[37] der Ansicht, daß, wenn die Verjährung durch Klage unterbrochen worden, in den Ländern des gemeinen Rechts nur erst die vierzigjährige Proceßverjährung, von Zeit der letzten gerichtlichen Handlung an gerechnet, möglich seye; ebenso wurde in einer Entscheidung des niederösterreichischen Obergerichts vom 8. Januar 1857 davon ausgegangen, daß, da die Wechselordnung keine Bestimmung in Betreff der Verjährung für den

---

[26] Wechselordnung, (2. Aufl.), S. 175.

[27] Wechselrecht, S. 272.

[28] Wechselordnung, S. 571.

[29] Wechsellehre S. 622.

[30] Seuffert, Archiv, Bd. 4, S. 227, Nr. 142. Tauchnitz, Zeitschrift f. s. R. und V. N. F., Bd. 11, S. 379.

[31] Borchardt, a. a. O., S. 175, Note 237. Freilich kann hierauf kein besonderes Gewicht gelegt werden, da nach preußischem Recht für die nach der Unterbrechung beginnende neue Verjährung ohnedieß die frühere Verjährungsfrist wieder zu laufen beginnt.

[32] Die allgemeine deutsche Wechselordnung, S. 210.

[33] Wechselordnung, S. 74.

[34] Lehrbuch des Wechselrechts, §. 87, Note 13.

[35] Deutsches Privatrecht, S. 670, Note 12.

[36] Im Archiv für deutsches Wechselrecht, Bd. 10, S. 18 f.

[37] Ebendaselbst, Bd. 11, S. 221.

Fall enthalte, wenn der Prozeß liegen bleibe, auf einen solchen Fall die allgemeinen civilrechtlichen Rechtsgrundsätze Anwendung finden,[38] und die gleiche Ansicht liegt einer von Purgold mitgetheilten Entscheidung des großh. hessischen Hofgerichts der Provinz Starkenburg zu Grund.[39] Das württembergische Obertribunal war nur in Einem Falle (Güldenstein und Dürrich) in der Lage, über die vorstehend erörterte Frage sich auszusprechen, und hat sich in diesem Falle durch Beschluß vom 1. Oktober 1862 gegen die oben vertheidigte Ansicht und im Einklange mit den zuletzt erwähnten Entscheidungen ausgesprochen, indem das Hauptgewicht darauf gelegt wurde, daß bei dem Mangel einer dießfälligen besonderen Bestimmung in der Wechselordnung die allgemeinen Grundsätze bezüglich der Wirkung der Perpetuation der Klage Platz greifen müssen.

Zu Art. 81 der a. d. W.=O.

7) Das Allein=Accept eines Nichtbezogenen.

Ein von C. Oeffner auf „Fr. D...“ gezogener Wechsel wurde von Ferdinand D... einem Sohne des Friedrich D.. acceptirt und zwar wurde das Accept von ihm mit „F. D...“ unterzeichnet. Da der Wechsel bei Verfall nicht bezahlt wurde, so wurde von dem Inhaber Wechselklage gegen Ferdinand D., den Sohn des Friedrich D. erhoben. Der Beklagte erkannte das Accept als von ihm geschrieben und unterschrieben an, er bestritt aber, der rechte Beklagte zu seyn, weil nicht er, sondern sein Vater Friedrich D. der Bezogene sey und weil er nur als Procurist seines Vaters und unter dessen Namen den Wechsel acceptirt habe. Das Wechselgericht fand diese Einwendung gegründet und wies die

---

[38] Oesterreichische Gerichtszeitung von 1857, Nr. 25, 39. Borchardt, a. a. O., S. 175, Note 237 b. Im Resultat stimmt übrigens diese Entscheidung mit meiner Ansicht zusammen, da nach österreichischem Recht für die nach stattgefundener Unterbrechung beginnende neue Verjährung ohnedieß die früheren Fristen wieder laufen.

[39] Archiv f. d. Wechselrecht, Bd. 10, S. 18.

Klage ab aus folgenden Gründen: Da der Wechsel auf „Fr. D." gezogen ist und da die abgekürzte Bezeichnung des Vornamens mit „Fr." nach der üblichen Abkürzungsweise auf einen mit diesen beiden Buchstaben anfangenden Vornamen hinweist, so kann der Vorname „Fr." nicht als „Ferdinand", sondern er muß (insofern es sich nur um diese beiden Vornamen handelt) als „Friedrich" gelesen werden. Die Behauptung des Beklagten, daß der Wechsel nicht auf seinen Namen, sondern auf den Namen seines Vaters gezogen seye, ist somit richtig.[40] Dagegen ist es bei der Art und Weise, wie der Beklagte das Accept unterschrieben hat, ungewiß, ob solches mit dem Namen des Beklagten oder seines Vaters unterzeichnet ist. Denn der Beklagte hat ohne einen die Procura andeutenden Beisatz einfach mit „F. D." unterzeichnet, was ebensowohl „Ferdinand D." als „Friedrich D.", aber auch nur entweder das Eine oder das Andere, nicht Beides zugleich bedeuten kann. Es sind also nur die beiden Fälle möglich. Entweder wird die Unterschrift des Accepts „Friedrich D." gelesen. Dann liegt der Fall vor, daß ein Dritter, ohne sich selbst zu nennen, den Namen des Trassaten gezeichnet hat. In diesem Fall ist der Beklagte wechselrechtlich nicht verpflichtet, weil er sich selbst auf

[40] Wenn gleich die Angabe des Vornamens bei der Bezeichnung des Namens des Trassaten (Art. 4, Ziff. 7 der W.-O.) nicht wesentlich ist, so ist sie doch insoweit erheblich, wenn der Vorname im einzelnen Falle dem Familiennamen wirklich hinzugefügt ist und dadurch eine wirklich existirende, diesen Vornamen führende andere Person erkennbar gemacht worden ist. Borchardt, deutsche W.-O., 2. Ausg., S. 29, (Zus. 56) u. S. 40, (Zus. 87), Archiv für deutsches Wechselrecht, Bd. 5, S. 220 ff. In einem früheren, beim Obertribunal vorgekommenen Falle war als Trassat bezeichnet „G. Dreilieb, Gärtner in Stuttgart." Das Accept war unterzeichnet „Carl Treulieb." Der Protest war erhoben gegen Carl Treulieb und gegen diesen war geklagt. Der Wechsel wurde wegen unrichtiger Angabe des Vornamens des Trassaten von Amtswegen nicht beanstandet. Beschl. des Obertribunals v. 6. Febr. 1861 in S. L. c. T.

dem Wechsel gar nicht genannt hat. Oder wird die Unterschrift des Accepts „Ferdinand D." gelesen. Dann ist der Fall der, daß ein Dritter mit seinem Namen und ohne sich als Bevollmächtigten des Trassaten zu bezeichnen, unterschrieben hat. Es fragt sich daher, ob eine solche alleinstehende Acceptationserklärung eines Dritten (Nichtbezogenen) eine wechselmäßige Verbindlichkeit desselben begründet. Diese Frage ist zu verneinen. Denn

1) ist in den Art. 21 ff. der allgemeinen d. W.-O., welche von der Annahme handeln, überall nur von einer Annahme durch den Bezogenen die Rede, insbesondere läßt der Art. 23 nur den Bezogenen durch die Annahme wechselmäßig verpflichtet werden. Der Bezogene aber ist selbstverständlich nur derjenige, welcher als solcher nach Art. 4 Ziff. 7 in dem Wechsel genannt ist.

2) Außer dem Bezogenen wird zwar nach Art. 56 ff. auch der Ehrenacceptant durch die Annahme wechselmäßig verpflichtet. Allein der Fall einer Ehrenannahme liegt hier nicht vor.

3) Ebensowenig gehört hieher die Bestimmung des Art. 81, wonach die wechselmäßige Verpflichtung Jeden trifft, welcher die betreffende Wechselerklärung, also auch das Accept mitunterzeichnet hat. Da die Unterschrift des Beklagten allein steht, so fällt sie nicht unter den Begriff der Mitunterzeichnung.

4) Der Art. 95 endlich, welcher die Haftung des angeblichen, aber nicht wirklichen Bevollmächtigten bestimmt, setzt den von dem vorliegenden verschiedenen Fall voraus, daß der Unterzeichnende sich ausdrücklich als den Bevollmächtigten eines Andern (also bei dem Accepte als den Bevollmächtigten des Trassaten) bezeichnet hat.

Steht hienach fest, daß die von dem Beklagten beigesetzten Accepte in keinem Fall, d. h. weder in dem einen noch in dem andern der beiden oben angeführten möglichen Fälle geeignet waren, eine wechselmäßige Verpflich-

tung desselben zu begründen, so war die gegen ihn erhobene Wechselklage abzuweisen.

Entsch. des Obertribunals vom 5. November 1862 in S. Lautenschlager c. Dürrich.

In den Commentaren zur deutschen Wechselordnung wird die vorliegende Rechtsfrage nicht erörtert. Dagegen hat das Appellationsgericht zu Frankfurt in einer Entscheidung vom Jahre 1857 die Frage auf Grund des Art. 81 der Wechselordnung in entgegengesetzter Weise beantwortet.[41] Anknüpfend an diese Entscheidung hat Renaud,[42] aber nicht auf den Grund des Art. 81, sondern lediglich unter Berufung auf den Geist des Wechselrechts (wie er insbesondere in den Bestimmungen über Ehrenannahme und in der Bestimmung des Art. 95 über Stellvertretung sich ausgedrückt finde) für dieselbe Ansicht sich ausgesprochen. In ähnlicher Weise und ausführlicher hat neuerdings Löwy[43] dieselbe Ansicht zu begründen versucht.[44] Uebrigens bezeugt Löwy,[45] daß das

---

[41] Borchardt, die allgemeine deutsche Wechselordnung (2. Aufl.), S. 181, Note 245.

[42] Im Magazin für bad. Rechts-Pflege und Verwaltung, Bd. 3, S. 377 ff.

[43] In Voigt's neuem Archiv für Handelsrecht, Bd. 4, H. 1, S. 42 ff.

[44] Löwy führt aus:

1) Rechtsgründe an sich stehen der Bejahung der Frage nicht entgegen (S. 44—46);
2) auch keine positive Gesetzesbestimmung, insbesondere
   a) nicht der Art. 4, Ziff. 7 der Wechselordnung, (S. 46.),
   b) nicht die Art. 16, Abs. 1 und Art. 21—23, sie sprechen eben von dem regelmäßigen Fall, sie seyen nicht strikte zu nehmen, sie finden ja auch auf den Mitacceptanten Anwendung (S. 47—48),
   c) nicht die Art. 56 ff., aus diesen folge mehr nicht, als daß das Accept eines Dritten ohne vorangegangenen Protest kein Ehrenaccept sey, (S. 48—49),
   d) nicht der Art. 81 (S. 49—52);
3) im Gegentheil spreche das Gesetz und seine ratio positiv für die Bejahung der Frage. Dieß ergebe sich aus der Haftung

Obertribunal in Berlin in mehrfachen Entscheidungen die Frage, ob ein für sich stehendes Accept eines Nichtbezogenen eine wechselmäßige Verbindlichkeit begründe, unbedingt verneint habe. Die Verneinung dürfte auch ungeachtet der Ausführungen von Renaud und Löwy den Vorzug verdienen, da die von diesen herbeigezogenen Analogien wohl nicht geeignet sind, eine sichere Grundlage für die Bejahung der Frage zu geben.[46]

Zu Art. 83 der a. d. W.-O.

8) Findet aus einem Indossament, welches zum Zweck der Bürgschaftsübernahme für die Wechselsumme ausgestellt worden, nach Erlöschung des Wechselrechts durch Verjährung oder Präjudizirung noch eine Civilklage statt?

Es kommt häufig vor, daß die einem Wechsel beigefügten Indossamente lediglich auf dem Grunde der Uebernahme einer Bürgschaft Seitens des Indossanten beruhen. Wenn ein solcher Wechsel verjährt und präjudicirt ist und demzufolge der Indossant wechselrechtlich nicht mehr in Anspruch genommen werden kann, so wird die Frage praktisch, ob nach Erlöschung der Wechselverbindlichkeit eine civilrechtliche Verbindlichkeit des Indossanten aus der Bürgschaft bestehen geblieben, und letzterer somit im Civilrechtswege auf Bezahlung der Wechselsumme

---

des Procura-Acceptanten Art. 95 (S. 52—54), aus der Haftung des Acceptanten einer falschen Tratte Art. 75, (S. 54), aus der Haftung des Mitacceptanten, Art. 81 (S. 55—57), aus den Bestimmungen über das Ehrenaccept, Art. 56 ff. (S. 58 ff.)

[45] a. a. O. S. 44.

[46] Für die Verneinung der Frage hat sich auch ausgesprochen das Oberappellationsgericht in Celle im Jahre 1859, s. Entscheidungen des Trib. zu Celle, Jahrgang V., Hannover 1862, S. 45 ff. Ebenso das Stadtgericht in Berlin i. J. 1857, s. Goldschmid, Zeitschrift f. Handelsr. Bd. 2, S. 447.

noch in Anspruch genommen werden kann. Ist die Uebernahme der Bürgschaft der Unterzeichnung des Indossaments vorangegangen, und bestand somit eine Bürgschaftsverbindlichkeit des Indossanten schon vor dem Indossamente, so wird zu unterscheiden seyn, was die, aus den Umständen des einzelnen Falls zu entnehmende, Absicht bei Eingehung der Wechselverbindlichkeit durch das Indossament war, ob hiedurch das frühere Schuldverhältniß aufgehoben, oder vielmehr verstärkt und mehr gesichert werden sollte. Der Regel nach wird das Letztere anzunehmen seyn, und wo dieß der Fall ist, kann ein Zweifel nicht bestehen, daß, wenn das Wechselrecht in Folge von Verjährung oder Präjudizirung des Wechsels erloschen ist, eine Klage aus dem ursprünglichen Schuldverhältnisse immer noch statt findet, welches neben der Wechselverbindlichkeit stehen geblieben ist. Anders verhält es sich, wenn durch die Uebernahme der Wechselverbindlichkeit eine Novation eingetreten, oder wenn vor Unterzeichnung des Indossaments eine Verbindlichkeit des Indossanten gar nicht bestanden, und dieser eine solche erst durch jene Unterzeichnung übernommen hat. In diesem Falle kann der Indossant nach Erlöschung des Wechselrechts auch im Civilrechtswege nicht mehr in Anspruch genommen werden, wenn gleich dem Indossamente lediglich die Absicht einer Bürgschaftsübernahme zu Grunde lag. Das Obertribunal hat sich hierüber in einem Falle, wo eine Verbindlichkeit Seitens des Indossanten erst durch die Unterzeichnung des Indossaments übernommen worden war,[47] folgendermaßen ausgesprochen:

Das Indossament erscheint nicht als bloße Dokumentirung der eingegangenen Bürgschaft, sondern als selbstständige, seine besonderen rechtlichen Folgen in sich tragende Verbindlichmachung. Wenn auch die Absicht,

---

[47] Das Gegentheil war zwar behauptet, wurde aber nicht als erwiesen angenommen.

dem Kläger für die von dem Hauptschuldner geschuldete Summe Sicherheit zu gewähren, dem Indossament des Beklagten zu Grunde lag, so trat dieselbe doch in einer Form ins Leben, durch welche die Bürgschaft theils verschärft, theils beschränkt wurde. Verschärft wurde sie durch gewählte wechselmäßige Form, wodurch eine promptere Exekution, nöthigenfalls durch Personalhaft, begründet wurde. Auf der andern Seite wurde die Bürgschaft dadurch beschränkt, daß die Einhaltung gewisser Formalitäten, nämlich rechtzeitige Präsentation des Wechsels und Protesterhebung dem Gläubiger zur Bedingung gemacht und der Anspruch an den Indossanten an die kurze Verjährungsfrist gebunden wurde. Daß der Beklagte durch Beisetzung seines Indossaments blos die verschärfte Bürgschaft habe übernehmen wollen, ohne auf den ihn schützenden Beschränkungen in Ausübung des wechselmäßigen Anspruchs des Klägers zu bestehen, läßt sich eben so wenig annehmen, als daß er überhaupt mit jener Handlung nur die Uebernahme einer Bürgschaft im civilrechtlichen Sinne beabsichtigt und durch dieselbe sich auch für den Fall, daß der Kläger die Einhaltung der wechselmäßigen Beschränkungen unterlassen sollte, für gebunden gehalten habe. Durch Beisetzung des Indossaments wurde für den Beklagten ein Komplex von Rechten und Verbindlichkeiten begründet, welche in einer solchen Wechselwirkung zu einander stehen, daß die einen ohne die andern nicht wirksam seyn können. Hat nun der Kläger die Protesterhebung und die rechtzeitige Einklagung des Wechsels versäumt, so kann er auch die ihm aus dem Indossament erwachsenen Rechte nicht geltend machen.

Hiefür spricht auch der Art. 83 der allgemeinen deutschen Wechselordnung. Nach derselben soll der Aussteller eines Wechsels, wenn dessen Verbindlichkeit durch Verjährung oder dadurch, daß die zur Erhaltung des Wechselrechts gesetzlich vorgeschriebenen Handlungen versäumt wurden, erloschen ist, dem Inhaber des Wechsels

nur so weit, als er sich mit dessen Schaden bereichern würde, verpflichtet seyn, und es ist dieß — nach allgemein angenommenen Grundsätzen[48] — eine nicht im Wechselverfahren, sondern im ordentlichen Verfahren zu verfolgende Civilklage. Wenn folglich eine Bereicherung des Ausstellers nicht eingetreten ist, so findet eine civilrechtliche Verpflichtung desselben aus dem, dem Wechsel zu Grund liegenden Rechtsgeschäft nicht Statt. — Der Ausstellung des Wechsels kann nun so gut, wie im vorliegenden Fall der Indossirung, die Absicht, eine Bürgschaft zu leisten, zu Grund liegen, denn die Wechselform wird zur Realisirung der verschiedenartigsten Rechtsverhältnisse benützt, wie hiefür der vorliegende Fall ein Beispiel liefert. Eine Verpflichtung des Ausstellers aus der beabsichtigten Bürgschaft ist in einem solchen Falle nicht begründet, denn wäre der Aussteller aus dieser Bürgschaft dem Gläubiger, trotz der Präjudizirung des Wechsels, noch verhaftet, so könnte im Gesetz nicht gesagt werden, daß eine solche Verbindlichkeit nur im Fall seiner Bereicherung bestehen bleibe. Mit der Beschränkung seiner Verbindlichkeit auf die Bereicherung ist folglich für den Fall der Präjudizirung oder Verjährung die Geltendmachung jedes anderweiten Verpflichtungsgrunds folglich auch der Bürgschaft ausgeschlossen. Ja es könnte von einer Bereicherungsklage gegen denselben gar nicht gesprochen werden, wenn dieser anderweite Verpflichtungsgrund bestehen bliebe, denn solange diese Verpflichtung nicht erfüllt wäre, würde der Schuldner nicht bereichert, sondern immer noch, neben dem Wechsel, aus dem anderweiten Geschäft verhaftet seyn. Was nun vom Aussteller gilt, muß umsomehr vom Indossanten gelten, als gegen einen solchen nach Art. 83 nicht einmal die Bereicherungsklage mehr stattfinden soll.[49] Von einer Bereicherungs-

---

[48] Motive zu §. 75 des Entwurfs.

[49] Hoffmann, Erläuterungen der W.-O., S. 594. Ladenburg im Archiv für deutsches Wechselrecht Bd. 5, S. 126.

klage gegen den Bürgen kann übrigens — wie sich von selbst versteht — keine Rede seyn, da eine Bürgschaft als solche nie eine Bereicherung eines Bürgen involvirt.[50]

Hätte der Beklagte, anstatt den Wechsel als Indossant zu unterzeichnen, denselben ausdrücklich als Bürge für den Aussteller unterschrieben, so würde er zwar nach den Grundsätzen, welche für den Aussteller gelten und nicht nach den für einen Indossanten geltenden zu behandeln seyn; allein eine Bereicherungsklage wäre gegen ihn dennoch aus dem eben angegebenen Grunde nicht denkbar und jede anderweite Verpflichtung durch das Gesetz ausgeschlossen.

Entsch. des Obertribunals vom 3. Juni 1862 in S. E. c. R.

Zu Art. 91 der a. d. W.-O.

9) Ort der Protesterhebung.

Wenn von dem Bezogenen bei der Acceptation eine dritte am Wohnort des Acceptanten wohnende Person benannt wird, bei welcher die Zahlung geschehen soll, z. B. „angenommen und zahlbar bei Herrn V. in St." (dem Wohnort des Acceptanten), so wird der Wechsel hiedurch nicht zu einem Domicilwechsel, weil zu solchem nach Art. 24 gehört, daß ein vom Wohnort des Bezogenen verschiedener Zahlungsort angegeben werde und daß dieß vom Aussteller des Wechsels geschehe. Es ist aber, wie die Leipziger Wechselkonferenz anerkannt hat, jener Beisatz zu dem Accepte eine giltige und erlaubte Limitation desselben,[51] und es erscheint demgemäß, da in dem Beisatz Seitens des Acceptanten und in der Seitens des Inhabers erfolgten Annahme des Wechsels mit diesem Beisatz das beiderseitige Einverständniß gefunden werden muß, daß in der Wohnung der benannten dritten Person die Wechselzahlung erfolgen solle, diese Wohnung der giltig vereinbarte Zahlungsort des Wech-

[50] Liebe, W.-O., S. 221 ff. Haimerl, Anleitung, S. 264.
[51] Protokolle der Leipziger Wechselkonferenz (Leipzig 1848), S. 87.

sels. Ist der Wechsel zu protestiren, so kann daher auch die Aufnahme des Protests in gedachter Wohnung giltig erfolgen.[52]

Entsch. des Obertribunals v. 21. Mai 1862 in S. Völker c. Gauß.[53]

Zu Kap. V. §. 3 der württ. W.-G.-O. von 1759.
10) Ladung des Wechselbeklagten.

Das Anschlagen einer Ladung an der Thüre der Wohnstube des Wechselbeklagten[54] ist nur dann zuläßig, wenn die Ortsanwesenheit des Beklagten konstatirt und somit anzunehmen ist, daß die Ladung den Beklagten noch zu rechter Zeit erreichen werde, auch die Zustellung an Familien- oder Hausangehörige nicht zu bewerkstelligen war.

Entsch. des Obertribunals vom 4. Juni 1862 in S. Reuschlen c. Baumann.

Zu Kap. VI. §. 4 der württ. W.-G.-O.
11) Fristerstreckungen sollen im Wechselverfahren regelmäßig nicht stattfinden.

Gegen eine Wechselklage war die Einrede der Zahlung vorgeschützt und zur Erklärung hierüber dem klägerischen Anwalt eine Frist von 10 Tagen unter dem Präjudiz des Zugeständnisses der in der Vernehmlassung enthaltenen Thatumstände und des Ausschlusses mit etwaigen Repliken ertheilt worden. Noch während des Laufs der Frist bat der kl. Anwalt um deren Erstreckung, ohne diese Bitte jedoch durch stichhaltige Gründe motiviren zu können, indem er zu seiner Entschuldigung nur vorbrachte, daß er von dem Schriftverfasser noch keinen Schriftsatz erhalten habe. Auf dieses ungenügend motivirte Fristgesuch

---

[52] Vergl. Bd. 5 dieses Archivs, S. 280, lit. b. Borchardt, Wechselordnung (2. Aufl.), S. 261, Zus. 424.

[53] In der Zeitschrift für die freiw. Gerichtsbarkeit und die Gemeindeverw. von Bofcher, Jahrgang 1862, S. 163 wird dieses Präjudiz auch mitgetheilt.

[54] Bd. 2 dieses Archivs, S. 517, Ziff. 7.

wurde keine Rücksicht genommen und der Beklagte, obwohl die Replik nach Ablauf der Frist eingekommen war, unter Aussprechung des angedrohten Präjudizes von der Klage entbunden, indem davon ausgegangen wurde, daß eine strenge Einhaltung der Fristen schon in der Natur des Wechselprozesses begründet, und daher die Bestimmung in dem Gemeinbescheid des Obertribunals vom 12. Januar 1844, wonach eine zweite Frist nur dann, wenn das dießfällige Gesuch durch eine Bescheinigung erheblicher Gründe unterstützt worden, verwilligt werden solle, in Wechselsachen stets streng eingehalten worden seye, zumal eine besondere Aufforderung hiezu in der Bestimmung des §. 4 des Kap. VI. der württ. Wechselgerichts-Ordnung liege, wonach der Termin der Vernehmlassung unter keinerlei Vorwand verlängert werden solle, welche Bestimmung, da eine Verschiedenheit rücksichtlich der Obliegenheiten in Erfüllung richterlicher Auflagen zwischen der klägerischen und der beklagten Partei nicht bestehe, ebenso für die Replik, wie für die Vernehmlassung gelten müsse.

Entsch. des Obertribunals v. 28. Mai 1862 in S. Christmann c. Dandler.

Zu Kap. VI. §. 1 und 5 der württ. W.-G.-O.

12) Vorstehen der Parteien vor dem Wechsel-Gericht.

Das Obertribunal hat zwar in mehreren Fällen angenommen, daß die Parteien auch in Wechselsachen nicht allein ohne Beistand eines Prokurators vor dem Wechselgericht vorstehen dürfen;[55] dagegen steht den Parteien frei, mit einem Prokurator vor dem Wechselgericht zu erscheinen und ihre Vertheidigung selbst vorzutragen; indem ein Ausschluß der Parteien dem Geiste des mündlichen Verfahrens in Wechselsachen widerstreiten würde, und dem Beklagten, wenn er den Wechsel nicht anerken-

[55] Vergl. Bd. 2 dieses Archivs, S. 518 und Bd. 5, S. 287.

nen will, im §. 5 des Kap. VI. der württembergischen Wechselgerichtsordnung das persönliche Erscheinen sogar ausdrücklich vorgeschrieben ist.

Entsch. des Obertribunals vom 29. Oktober 1862 in S. Torley c. Gwinner.

Zu Kap. VI. §. 5 der württ. W.-G.-O.

13) Eidesthema beim Diffessionseid.

Die württembergische Wechselgerichtsordnung vom 24. März 1759 bestimmt in Kap. VI. §. 5, daß der Beklagte, welcher den gegen ihn eingeklagten Wechsel weder als von ihm selbst, noch von einem Andern in seinem Namen geschrieben anerkennen will, auf Verlangen des Klägers den Diffessionseid dahin zu schwören habe, daß er den Wechsel weder selbst geschrieben, noch unterschrieben, noch durch Andere schreiben oder unterschreiben lassen, „auch den darin gemeldeten Belauf dem Kläger nicht schuldig seye.“ Da jedoch nur die Aechtheit der Unterschrift wesentlich ist, und der Beklagte, wenn feststeht, daß dieß von ihm herrührt, auch den Inhalt des Wechsels gegen sich gelten lassen muß, so wurde von dem Obertribunal das Thema des Diffessionseids darauf beschränkt, daß der Beklagte die fragliche Unterschrift weder selbst geschrieben, noch durch einen Dritten habe unterschreiben lassen.[56]

Entsch. des Obertribunals v. 26. Febr. 1862 in S. Debbeld c. Dürrich; vom 1. Oktober 1862 in S. Güldenstein c. Dürrich; v. 24. März 1863 in S. Kaiser c. Bosinger.

Zu Kap. VI. §. 9, 10, 12, 13, 17, 18 und 19 der württ. W.-G.-O.

14) Prozeßkosten-Kaution.

Eine Kaution für die Prozeßkosten kann von dem Wechselkläger nach den für das Wechselverfahren geltenden

---

[56] Vergleiche auch meine Bemerkung in diesem Archiv, Bd. 5, S. 284, Note 51.

Prozeßvorschriften nicht gefordert werden. Denn im Kap. VI, §. 9, 10, 12, 13, 17 und 18 sind die Einreden, welche im Wechselverfahren zuläßig sind, speciell aufgeführt und unter diesen ist die Einrede der mangelnden Prozeßkaution nicht genannt, im §. 19 aber ist bestimmt, daß keine anderen, als die bereits rezensirten exceptiones, oder welche sich auf die im §. 9 vorausgesetzte regulam generalem qualifiziren, bei dem Wechselprozeß statthaben.[67]

Entsch. des Obertribunals vom 26. Sept. 1860 in S. Trost c. Blöst; vom 15. Mai 1862 in S. de Neufville c. württ. Handelsgesellschaft.

---

2) Mittheilungen aus der Praxis des Obertribunals in Civilsachen.

(Von Herrn Oberjustizassessor Probst in Stuttgart.)

1) Unzuständigkeit der Civilgerichte zu Anordnung von Vermögensbeschlagnahmen gegen widerspenstige Kriegsdienstpflichtige.

In Hufnagels Mittheilungen[1] wird eine Verfügung des Gerichtshofs in Tübingen[2] vom Jahr 1846 angeführt, nach welcher die Anordnung solcher Beschlagnahmen als Sache der Civilgerichte erklärt wird. Die Argumentation, welche dieser Ansicht zu Grund liegt, und im Wesentlichen auf dem Satze beruht, daß die Beschlagnahme des Vermögens eines Staatsbürgers an und für sich zur Kompetenz des Civilrichters gehöre, das Gesetz also eine besondere Uebertragung dieser Befugniß an den Strafrichter, hier die Administrativbehörde, enthalten müßte, wenn es nicht bei der

---

[67] Vergl. auch Danz, summar. Proz., §. 47 und 36. Westphal, Wechselrecht §. 177.

[1] Bd. I. S. 484 ff.

[2] In neuerer Zeit scheint dieser Gerichtshof jene frühere Ansicht nicht mehr festzuhalten, wie sich auch die Gerichtshöfe in Eßlingen und Ellwangen für die Unzuständigkeit der Civilgerichte erklärt haben.

civilrichterlichen Kompetenz sein Bewenden haben sollte, ist jedoch, indem sie den Begriff der Civiljustizsache nach der vermögensrechtlichen Wirkung eines fremden Eingriffs, statt nach der privatrechtlichen Natur desselben bestimmt, eine offenbar in der Grundlage verfehlte. Eine treffende Entgegnung hat dieselbe in Bd. 1 dieses Archivs S. 124 ff. gefunden. Neuerdings wurde auch dem Obertribunal Anlaß geboten, sich über diese Frage, und zwar folgendermaßen auszusprechen.

„Die auf Grund des Kriegsdienstgesetzes angeordnete Beschlagnahme des Vermögens ungehorsam abwesender Kriegsdienstpflichtiger dient nicht zu Sicherstellung irgend welcher privatrechlicher Ansprüche an dieselben, sondern verfolgt, wie aus den im Art. 93 jenes Gesetzes bezeichneten Aufhebungsgründen im Zusammenhalt mit Art. 174, 176 der Strafprozeßordnung und Art. 236, 249 des Schwurgerichtsgesetzes zu entnehmen, den Zweck, die Stellung des ungehorsam abwesenden Kriegsdienstpflichtigen zu bewirken. Demnach ist die Erkennung solcher Vermögensbeschlagnahmen keine Civiljustizsache, sondern ein strafrichterliches Zwangsmittel, welches zur ausschließlichen Zuständigkeit der mit der entsprechenden Strafgerichtsbarkeit betrauten Behörde gehört, als welche durch das Gesetz der K. Oberrekrutirungsrath, beziehungsweise in beihelfender Eigenschaft das betreffende Bezirksamt verordnet ist. — Daß sodann, was die Vollstreckung der erkannten Beschlagnahme betrifft, die darum nachgesuchten Civilgerichte ihre Thätigkeit nicht verweigern, beruht nicht blos auf überwiegenden Rücksichten der Zweckmäßigkeit, [3]

[3] Es wird diesfalls namentlich im eigenen Interesse der Gerichte in Betracht kommen, daß wenn die Oberämter die Beschlagnahme auszuführen, und die **cura bonorum** zu überwachen hätten, sie dieses doch nur mittelst Notar und Waisengericht bewerkstelligen könnten, eine Störung des ausschließlichen Subordinationsverhältnisses dieser Stellen aber unter dem Oberamtsgerichte, indem sie die Aufsicht über dieseben erschwerte, dem Interesse der Rechtsverwaltung ohne Zweifel nachtheiliger wäre, als der unbedeutende Geschäftszuwachs.

sondern insofern auch auf gesetzlicher Vorschrift, als die Dunkelheit, welche das Kriegsdienstgesetz über die Art der Vollziehung der Beschlagnahme übrig läßt, nach den ausführlicheren Bestimmungen der um die gleiche Zeit verabschiedeten Strafprozeßordnung auszulegen ist, letztere aber in Art. 175 die Vollziehung der strafrichterlich erkannten Vermögensbeschlagnahmen als Obliegenheit des Civilgerichts des Wohnorts des Verdächtigen bezeichnet."

Verf. des Obertribunals vom 24. Januar 1863 in der Beschwerdesache des L. A. u. Gen. c. E.

2) Der Arrest kein unbedingt subsidiäres Sicherungsmittel.

Der Empfänger einer Waare stellte solche wegen Musterwidrigkeit zur Disposition des Versenders, und deponirte sie, als der Versender sich der Rücknahme weigerte, im öffentlichen Lagerhaus. Um sich für den Rückempfang des zur Hälfte pränumerirten Kaufpreises sicher zu stellen, beantragte er die Beschlagnahme der Waare. Der Versender wendete ein, daß ein Arrest auf die Waare schon deßhalb nicht begründet sey, weil dieser als das härteste und eingreifendste Sicherungsmittel nicht stattfinde, wo dem Imploranten ein anderes Sicherungsmittel zu Gebot stehe, es Letzterem aber unbenommen sey, an der Waare ein Retentionsrecht auszuüben. Das Obertribunal verwarf diese Einwendung, weil der Arrest in dem Sinne kein subsidiäres Schutzmittel sey, daß der Gläubiger statt dessen auf einen schwierigeren und nachtheiligeren Weg, zu seiner Befriedigung zu gelangen, verwiesen werden könnte. Eine Retention der Waare aber würde für den Imploranten theils wegen seiner Verantwortlichkeit für die Aufbewahrung, theils wegen der Erschwerung des Identitätsbeweises der lästigere Weg gewesen seyn, um zu seinem Rechte zu gelangen.

Entsch. des Obertribunals zu Stuttgart vom 10. Februar 1863 in Sachen G. w. Gebr. M.

---

3) Hausmiethentschädigung für Schullehrer.[1]

(Von Herrn Pfarrer Süskind in Darmsheim.)

Das Gesetz vom 29. September 1836 Art. 30[2] bestimmt den Gehalt eines Schulmeisters neben freier Wohnung für ihn und seine Familie, oder einer entsprechenden Entschädigung für Hausmiethe. Uebereinstimmend damit lautet das Gesetz vom 6. November 1858 Art. 7:[3] „neben einer für den Bedarf einer Familie ausreichenden Wohnung oder entsprechenden Hausmiethentschädigung." Diese dehnbaren Festsetzungen hatten zur Folge, daß zu Zeiten, da man dem Lehrerstande weniger geneigt war, die Hausmiethentschädigung davon abhängig gemacht wurde, ob das Einkommen eines Lehrers den gesetzlich geringsten Betrag übersteige. So entschied der K. Geheimerath unterm 15. Februar 1845,[4] „es könne eine derartige Entschädigung von dem Rekurrenten insofern nicht in Anspruch genommen werden, als dessen Diensteinkommen von solchem Betrage sey, daß über dem gesetzlichen Minimum des Gehalts eines Schulmeisters darunter jedenfalls auch die nöthigen Mittel zur Bestreitung des Aufwandes für eine Wohnung begriffen seyen." Damit war ausgesprochen, daß gerade besser ausgestattete Schulstellen, mit welchen eine freie Wohnung nicht verbunden war, in Folge einer nur geringen Miethentschädigung zu mittleren Stellen herabsanken, weil ein Theil des besseren Einkommens von dem Miethzins absorbirt werden mußte.

Der nicht selten drückenden Willkür von Seiten der Gemeinden wurde eine Schranke gesetzt durch die In-

[1] Vergl. dieses Archiv Bd. 2, S. 77, 78, 91.

[2] Reg.-Bl. S. 501.

[3] Reg.-Bl. S. 239.

[4] Min.-Erl. vom 22. Febr. 1845. Handausgabe d. Schulges. Bd. 2, S. 347.

struktion vom 28. Juni 1850,[5] indem dieselbe des Näheren erklärte, was denn eigentlich der Gelaß für eine Familie enthalten solle. So §. 5. Besonders genau im Auge zu behalten ist der Umfang der Oekonomie. §. 30. Die Zulänglichkeit der Schullehrerwohnung ist danach zu beurtheilen, ob die gesetzlichen Anforderungen erfüllt sind. So weit die Gesetze keine bestimmte Vorschrift enthalten, ist auf billige Weise zu berücksichtigen, daß das gewöhnliche Raumbedürfniß einer Schullehrerfamilie nach den örtlichen Verhältnissen befriedigt seyn soll. §. 49. Für eine Schullehrerfamilie sind zwei heizbare Stuben, zwei Kammern, eine Küche und ein Bretterverschlag unter Dach in Anrechnung zu bringen. Wenn der Schullehrer einen Lehrgehilfen zu halten verpflichtet ist, so ist ein heizbares Gemach berechnet. Bei mehreren Lehrgehilfen genügt für 2—3 ein heizbares und ein unheizbares Gemach von der erforderlichen Größe. Außerdem soll die Wohnung den nöthigen Keller, Holzplatz und Bodenraum unter Dach erhalten, ferner Stallung für zwei Stücke Rindvieh, einen Anbindling, für zwei Schweine und für einen mäßigen Geflügelstand. Schulmeisterwohnungen auf dem Lande in Orten, in welchen kein Gemeindebackofen besteht, erhalten außerdem einen Backofen. Durch diese billigen Vorschriften hat man nun auch einen Anhaltspunkt für das Maß der Miethentschädigung.

Von allgemeinem Interesse ist in dieser Beziehung folgende Entscheidung des K. Ministeriums des Innern vom 16. September 1862 in der Streitsache des Schullehrers F. in Biberach gegen die dortige Stadtgemeinde wegen des von ersterem erhobenen Anspruchs auf Erhöhung seiner Hausmiethe-Entschädigung, welche dahin ergieng:[6]

[5] Regbl. S. 255.
[6] Stockmayer, württ. Schulwochenbl. v. 1862, Nr. 44.

„In Erwägung,

1) daß nach Art. 7 des Gesetzes vom 6. November 1858, betreffend die Abänderung einiger Bestimmungen des Volksschulgesetzes vom 29. September 1836, mit einer Schulmeisterstelle eine für den Bedarf einer Familie ausreichende Hausmiethe-Entschädigung verbunden seyn muß,

2) daß demgemäß ein Schullehrer, mit dessen Stelle eine Dienstwohnung nicht verbunden ist, einen gesetzlichen Anspruch auf eine solche Hausmiethe-Entschädigung hat, mittelst deren er sich nach den örtlichen Miethpreisen eine für den Bedarf einer Familie ausreichende Wohnung zu verschaffen im Stande ist;

3) daß die im Jahre 1859 in Biberach neu errichtete Schullehrerstelle, welche dem Kläger übertragen wurde, mit einer Hausmiethe-Entschädigung von 60 fl. ausgestattet worden ist, daß übrigens der damaligen Bemessung dieser Entschädigung die aus obiger Gesetzesbestimmung sich ergebende stillschweigende Voraussetzung zu Grunde lag, es werde die festgesetzte Summe für die Gegenwart und Zukunft zur Beschaffung einer für den Bedarf einer Familie ausreichenden Wohnung genügen;

4) daß hienach, da die einem Schullehrer ausgesetzte Hausmiethe-Entschädigung im Sinne des Gesetzes keineswegs die Natur einer unter allen Umständen unabänderlichen Aversalleistung hat, der Kläger eine Erhöhung der fraglichen Entschädigung in dem Fall zu fordern berechtigt ist, wenn er erwiesenermaßen mittelst derselben sich eine Wohnung, welche die für den Bedarf der Familie eines Schullehrers erforderlichen Räumlichkeiten darbietet, nicht mehr zu verschaffen im Stande ist;

5) daß, wie nach dem Ergebnisse der in der Instanz des Ministeriums angeordneten Zeugenvernehmung anzunehmen ist, seit dem Zeitpunkt der Festsetzung der fraglichen Hausmiethe-Entschädigung die Miethpreise in der Stadt Biberach durchgängig in erheblichem Maße gestiegen sind, und daß es mittelst der Summe von 60 fl.

gegenwärtig nicht möglich ist, sich eine Wohnung, wie solche der Kläger nöthig hat, dort zu verschaffen, — in diesen Erwägungen will das K. Ministerium unter Abänderung der Entscheidungen der vorigen Instanzen die Stadtgemeinde Biberach zu einer dem dermaligen Stande der örtlichen Miethpreise entsprechenden Erhöhung der Hausmiethe-Entschädigung des Schullehrers F. vom 1. Juli 1861 an, vorbehältlich einer veränderten Regulirung im Falle späteren Sinkens der Miethpreise, mit der Bestimmung für verbunden erkannt haben, daß der Betrag der Erhöhung, wenn sich die Betheiligten hierüber nicht verständigen sollten, von den Verwaltungsjustizbehörden in der Instanzenfolge noch besonders festzusetzen ist.

III.

Literarische Mittheilungen.

Die anthropologischen Momente der Zurechnungsfähigkeit von H. Ellinger. Zweite Auflage. St. Gallen 1861.

Die Redaktion fühlt sich zu der Anzeige der genannten Schrift zunächst durch die Beziehung aufgefordert, in welcher dieselbe zu der Monatschrift für die Justizpflege in Württemberg steht. Veranlaßt durch einen literarischen Streit über die allerdings eigenthümliche Bestimmung des Art. 296 der Straf-Proz.-O. von 1839, wonach das Gutachten von Sachverständigen über die Zurechnungsfähigkeit für den Richter maßgebend seyn soll, „wenn und soweit dasselbe auf Gründen beruht, die dem Gebiet der Heilkunde entnommen sind", hat der Verfasser obiger Schrift in dem zehnten, elften und zwölften Band der Monatschrift für die Justizpflege (1844, 1845 und 1846) Erörterungen über die anthropologischen Momente der Zurechnungsfähigkeit veröffentlicht, von welchen die Redaktion

derselben einen besonderen, jetzt vergriffenen Abdruck veranstaltet hat. Die vorliegende Schrift ist eine vielfach vermehrte und umgearbeitete zweite Auflage jener Aufsäze und bei dem hohen Interesse, welches dieser Gegenstand für Juristen und zumal seit Einführung der Schwurgerichte auch für Nichtjuristen darbietet, wird sich ihre Besprechung in diesem Archiv auch von einem allgemeinen Gesichtspunkte aus rechtfertigen.

Bei dem dieser Anzeige zugemessenen Raum ist es nicht möglich, den reichen Inhalt der Schrift auch nur annähernd zu erschöpfen. Der Referent beschränkt sich daher auf einen kurzen Ueberblick, welchem er einzelne Aeußerungen des Verfassers über einige besonders wichtige Fragen folgen lassen wird.

Nach einer kurzgefaßten Zusammenstellung der Hauptfunktionen des menschlichen Körpers behandelt der Verfasser in der Einleitung die Grundvermögen der Seele als verschiedene Erscheinungen des Seelenlebens, indem er als Resultat des Erkenntnißvermögens einer- und der Spontaneität, der Anlage zur Frei- und Selbstthätigkeit andererseits, als Resultat „der Fähigkeit, sich mit Wissen selbst zu bestimmen," die Zurechnungsfähigkeit d. h. den menschlichen Zustand bezeichnet, welchem die Rechtspflege eine Verantwortlichkeit für begangene Handlungen thatsächlich zuschreibt.

Im ersten Theil erörtert der Verfasser die leiblichen und die moralischen Grundbedingungen der Zurechnungsfähigkeit und die Ursachen ihrer Störung, indem er unter den ersten die körperliche Organisation, Geschlecht und Alter und besondere krankhafte Zustände des Körpers, Sinnenmangel, Aufregung der Gelüste und natürliche Triebe, Epilepsie und verwandte Zustände, Schlafdelirium, Narkotismus, unter den letzteren die angeborenen Eigenthümlichkeiten des Seelenlebens, Temperament, Naturell und Indiosynkrasie, ferner Erziehung und Bildung, Affekte und Leidenschaften in kurzer leicht faßlicher

Darstellung und mit stieter Beziehung auf den praktischen Zweck vorüberführt. Hiemit ist die Grundlage für den zweiten Theil, die Darstellung der Seelenstörungen selbst, in ihren allgemeinen Merkmalen, und ihren besonderen Erscheinungsformen gewonnen. Als Hauptformen der Seelenstörung behandelt der Verfasser, hierin übereinstimmend mit den althergebrachten Eintheilungen Schwermuth, Tollheit, wechselnde Gemüthsstörung, Delirium, partielle Verrücktheit (religiöser Wahnsinn) allgemeine Verrücktheit, Verwirrtheit und Blödsinn, welche auch in verschiedenen Verbindungen untereinander, unter Umständen mit Convulsionen und Lähmungen verbunden, vorkommen können. Da diese Zustände, wenn sie eine so ausgesprochene Erscheinungsform angenommen haben, in der Regel allgemein und leicht als Geistesstörungen erkannt werden, welche die Zurechnungsfähigkeit aufheben, so können wir hierüber einfach auf die Schrift selbst verweisen.

Von besonderem Interesse sind dagegen die Ausführung und die Erörterungen über die allgemeinen Symptome der Seelenstörungen und über die Erkenntniß der unvollkommenen und angezweifelten Formen derselben.

Dem Referenten scheint es ein Verdienst des Verfassers zu seyn, über diese Frage eine einfache und ebendeßhalb dem praktischen Bedürfniß entsprechende, wenn auch nicht gerade neue Theorie aufgestellt zu haben, welche allerdings über das philosophische Problem der Willensfreiheit und der sittlichen Imputation, wie der Verfasser selbst anerkennt (S. 9), keinen Aufschluß gibt, dagegen vollkommen zureicht, um über die rechtliche Imputation ein auf objektiv erkennbare Thatsachen, auf die Erfahrung, gestütztes und ebendarum sicheres Urtheil abzugeben. Der Verfasser sagt hierüber:

„Hätten alle Menschen die gleichen Naturanlagen, würden alle dabei dieselben Arten und Stufen der Ent-

wicklung durchmachen und dieselbe Erziehung genießen und auch sonst dieselben Einflüsse erfahren, so müßte bei gleichem Alter immer die gleiche Zurechnungsfähigkeit zu erwarten und vorauszusetzen seyn. Da sich aber dieses nicht so verhält, sondern vielmehr Jeder in Anlage, Alter, Entwicklungsgang und Grad, Erziehung, Erfahrungen jeder Art sein Eigenthümliches hat, so kann es auch nur nach dem individuellen Maße des Erkenntnißvermögens und der Selbstbestimmungsfähigkeit ein individuelles Maß der Zurechnungsfähigkeit geben. Es möchte nun die Erforschung dieses individuellen Maßes sehr schwer seyn und sie kann es auch im konkreten Fall werden. Doch ist uns von der Natur insofern einige Erleichterung gegeben, als hierin wie im ganzen Reiche der Natur bestimmte Ideen aufzufinden sind (deren Varietäten immer wieder auf sie zurückgeführt werden können), an deren Leitung wir vom Individuum aufwärts zum Allgemeinen und umgekehrt, vom Allgemeinen abwärts zum Individuum zu steigen und demgemäß unser Urtheil zu bilden vermögen. So existirt denn nach der seelischen und körperlichen Seite eine Summe von Merkmalen, welche den meisten Menschen zukommen und ihnen eine gewisse Uebereinstimmung und Aehnlichkeit geben und so trifft man ein mittleres Maß der geistigen und körperlichen Organisation, von welchen die meisten Abweichungen nur geringfügiger Art sind und das man unter Einschluß dieser geringen Abweichungen in den Begriff des „Gewöhnlichen" fassen kann."

Aus diesen Prämissen leitet der Verfasser das allgemeinste Merkmal einer Seelenstörung ab, indem er sagt:

„So lange ein Mensch fühlt, denkt und will, wie es unter seinen Mit- und Nebenmenschen, Geschlechts-, Standes-, Alters- und Bildungsgenossen die gewöhnliche Art zu fühlen, zu denken und zu wollen ist, und so lange der allgemeine Menschenverstand an der psychischen Thä-

tigkeit des Einzelnen Nichts Außergewöhnliches wahrnimmt, ist derselbe im Allgemeinen als seelengesund zu bezeichnen. Beim gegentheiligen Verhältniß hat man noch die Art des psychischen Seyns bei demselben Individuum zu verschiedenen Zeiten unter nicht wesentlich verschiedenen Verhältnissen in's Auge zu fassen. Aber selbst eine auf diese Weise wahrgenommene Veränderung des psychischen Darlebens gibt noch keinen genügenden Grund, auf den Thatbestand einer Seelenstörung zu schließen, weil sie ebenso gut die Folge seyn kann von in sich aufgenommenen Irrthümern, als das Resultat von mehr oder weniger fein angelegten Plänen; es muß dieselbe sich entwickelt haben aus Gründen, wie sie der genetische Prozeß der Seelenstörungen nachweist; es muß dieselbe eine Uebereinstimmung zeigen mit einer Veränderung im physischen Leben, wie sie jener nach psychologischen Gesetzen entspricht, es muß dieselbe mit einem Wort auf eine Art sich gebildet haben, daß sie erfahrungsgemäß als krankhaft bezeichnet werden kann."

Wenn anders die Forderung der Krankhaftigkeit der Erscheinungen nicht eine Tautologie ist, so nimmt der Verfasser in denjenigen Fällen, in welchen auch eine „Veränderung des psychischen Lebens", eine Abweichung desselben von dem Gewöhnlichen und von dem gewöhnlichen Seelenleben des Individuums nachgewiesen ist, eine Seelenstörung nur dann als erwiesen an, wenn derselben andere äußerlich erkennbare Momente, also namentlich Störungen in einzelnen Organen oder Funktionen des Körpers oder besondere Thatsachen, z. B. familiäre Anlage zu Geisteskrankheiten, die besondere Art der Handlung und das Unsinnige ihrer Ausführung u. s. f. zur Seite stehen.

Daß hiemit für die Frage über die Grenze zwischen Zurechnungsfähigkeit und Unzurechnungsfähigkeit insofern nichts gewonnen ist, als zwar Beweismittel, entfernte oder nahe Anzeigen für den einen oder andern

Zustand, nicht aber die entscheidenden Merkmale dieses Zustandes selbst bezeichnet werden, kann nicht in Abrede gezogen werden. Gleichwohl muß gerade hierin ein richtiger Gedanke erkannt werden. Der Richter muß darauf verzichten, ein absolutes Wissen über die Zurechnungsfähigkeit des Individuums in allen denjenigen Fällen zu erreichen, in welchen keine solche Abweichung des psychischen Lebens von dem „Gewöhnlichen" vorliegt, welche sich als eine der bekannten, oben erwähnten Krankheitsformen offenbar darstellt. In allen diesen Fällen muß die Zurechnungsfähigkeit insolange als vorhanden von dem Juristen und Richter angenommen werden, als nicht die von dem Verfasser besonders erörterten objektiven Momente die Annahme einer solchen ausschließen.

Insofern trifft der Verfasser, wenn gleich von verschiedenen Ausgangspunkten ausgehend, mit der neuesten juristischen Wissenschaft zusammen, wie z. B. Köstlin[1] zur Erklärung der Unzurechnungsfähigkeit eines Individuums „den Beweis der über sein Wissen und Wollen mächtig gewordenen Naturnothwendigkeit, den Beweis wirklicher körperlicher Krankheit" verlangt. In der That genügt es auch für das Urtheil der rechtlichen Imputation, solche objektiv erkennbare Momente, welche nach der Erfahrung die Spontaneität im obigen Sinn ausschließen, festzustellen, da es die Strafgewalt nicht mit den ungreifbaren Momenten des Seelenlebens, welche sich jeder objektiven Beurtheilung entziehen, zu thun haben kann.

Auf der andern Seite tritt im Gefolge dieser Auffassung das Bedürfniß um so entschiedener hervor, zwischen die Zurechnungsfähigkeit und Unzurechnungsfähigkeit ein Drittes, verminderte Zurechnungsfähigkeit, zu stellen. Der Verfasser sagt hierüber sehr treffend:

„Man führt einen wissenschaftlichen Streit darüber, ob man „von Graden der Zurechnungsfähigkeit" sprechen

[1] Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts Tüb. 1845, S 157.

könne. Es ist nicht in Abrede zu ziehen, daß es zwischen Zurechnungsfähigkeit und Unzurechnungsfähigkeit logisch ein Drittes nicht geben kann; damit ist aber nicht gesagt, daß nicht die Zurechnungsfähigkeit in Fällen „vermindert," „beschränkt," „bedingt" 2c. seyn kann; nach unserer Darlegung ist sie sogar eine „individuelle", also unendlich gradative. Die Praxis hat darüber entschieden, und mag man nun von „Graden der Zurechnungsfähigkeit" oder von „verschiedener Zurechnung" oder von „Ermessen des Richters" sprechen, so ist dieses praktisch unwesentlich. Jener absolute Satz: „unbedingt zurechnungsfähig oder unzurechnungsfähig" hat seine Wurzel in der Lehre von der Freiheit, welche dieselbe als unbedingt vorhanden oder nicht vorhanden annahm und die stete Nothwendigkeit ihrer anthropologischen Vermittlung außer Acht ließ."

Mag man auch in der Annahme von Stufen der Unzurechnungsfähigkeit nur einen Nothbehelf erblicken, das Leben wird dieselben nicht entbehren können, weil es Fälle gibt, in welchen sich das natürliche Rechtsgefühl ebensosehr gegen Freisprechung wegen Unzurechnungsfähigkeit als gegen die Verurtheilung zu der für den vollkommen zurechnungsfähigen Menschen berechneten Strafe sträubt. Mag es auch richtig seyn, daß es dem Individuum entweder möglich oder nicht möglich gewesen seyn muß, eine strafbare Handlung nicht zu begehen, und daß zwischen beiden Fällen kein Drittes denkbar ist, so ist es doch eine auf der Abstraktion beruhende Selbsttäuschung, zu verlangen, daß es dem Richter immer möglich sey, ein solches Entweder Oder mit Sicherheit zu erkennen; denn dieses Möglich oder Unmöglich wird durch individuelle, innerliche, jeder Erkenntniß sich entziehende Thatsachen bedingt und in dem Fall also, wo nach den gewöhnlichen Begriffen die Ueberwindung des Triebs zum Verbrechen als möglich anzunehmen gewesen wäre, während die individuellen Umstände dagegen sprechen, oder wo ein vor-

züglich kräftiger durch Gewohnheit gestählter, gesetzmäßiger Wille die Ueberwindung des bösen Triebs ermöglicht hätte, während der Wille des schwächeren Individuums dem bösen Triebe in Folge des Mangels an Kraft mit Naturnothwendigkeit unterliegen konnte, bleibt Nichts übrig, als zwischen dem Urtheil von Zurechnungsfähigkeit oder Unzurechnungsfähigkeit stehen zu bleiben, wofür die Gesetzgebung in den Worten „verminderte Zurechnungsfähigkeit" einen wenn gleich nicht ganz geeigneten Ausdruck gefunden hat.

Wenn der Verfasser von einer unendlich gradativen Zurechnungsfähigkeit spricht, so denkt er hiebei offenbar nicht daran, daß dasselbe Subjekt „beinahe mit Freiheit" habe handeln können; er gibt vielmehr selbst zu, daß die Handlung nur entweder eine freie oder eine unfreie seyn könne. Aber die Stufen entstehen durch die Vergleichung des individuellen Zustands mit dem „Gewöhnlichen"; ähnlich wie es bei der culpa in concreto keine Stufen gibt, sondern nur bei der culpa in abstracto und daß diese Vergleichung mit dem „Gewöhnlichen" zuläßig seyn muß, beruht eben in der natürlichen Scheu, im konkreten Fall ein absolutes Urtheil zu fällen, in dem Anerkenntniß, daß dem Urtheil das geistig individuelle Leben eben nur in der Vergleichung mit den gewöhnlichen Zuständen erschlossen ist. Wo das gewöhnliche Maaß der Widerstandskraft des guten Willens gegen den Trieb zum Verbrechen aus individuellen Gründen nicht vorhanden ist, legt die letztere Wahrnehmung die Möglichkeit der Unzurechnungsfähigkeit nahe. Dieses Urtheil zu fällen, ist aber unmöglich, weil sich das von dem Gewöhnlichen abweichende individuelle Seelenleben jeder Beurtheilung entzieht. Man muß daher nach dem Maaßstab des Gewöhnlichen die Zurechnungsfähigkeit behaupten, aber der Abweichung von dem Gewöhnlichen durch eine abweichende, mildere Bestrafung Rechnung tragen. In dieser Begründung verschwindet der Streit über die Grade der Zurechnung und er wird zu einem

bloßen Wortstreit, wie auch Köstlin[a] die Berücksichtigung der besonderen Fälle, in welchen die Praxis von verminderter Zurechnung spricht, bei der Strafausmessung zuläßt. So hat der Verfasser der obigen Schrift bei seiner Annahme der individuellen Stufen der Zurechnungsfähigkeit wohl nur an die verschiedene Beurtheilung durch den Strafrichter, an die Verschiedenheit der Strafen gedacht und in diesem Sinn wird ihm auch die Wissenschaft, nicht nur die Praxis zustimmen.

Aus diesem ganzen Standpunkt des Verfassers ergibt sich seine Ansicht über die von der anthropologischen Wissenschaft lebhaft bekämpften Monomanieen oder unwiderstehlichen Triebe. Auch hier trifft der Verfasser mit den Ansichten der neueren Strafrechtswissenschaft im Wesentlichen zusammen. Was er hierüber sagt, scheint dem Referenten zum Schluß dieser kurzen Anzeige noch eine Stelle zu verdienen. Nach der Mittheilung des von Esquirot in seiner Eintheilung der Geisteskrankheiten als besondere Form erstmals aufgestellten Begriffs der Monomanie fährt der Verfasser fort:

„Der so umfassend aufgestellte Begriff der Monomanie rief jedoch, nachdem er unter den Händen Zweiter und Dritter noch eine weitere Ausdehnung erlangt hatte, begründete Einsprache hervor. Denn wenn es auch anerkannt werden muß, daß diese Aufstellung der Monomanie der von den Irrenärzten längst gewonnenen Einsicht, daß zur Beschränkung und Unterdrückung des Vermögens der vernünftigen Selbstbestimmung schon ein partielles Irreseyn hinreichend und nicht gerade ein anhaltendes und verbreitetes Irrereden nothwendig sey, einen allgemeinen Eingang — namentlich auch zu den Gerichtshöfen verschafft und für die Erklärung mancher dunkler Vorgänge in der Seele einen leitenden Faden zur Hand gegeben hat, so kann es auch nicht geläugnet werden, daß die allzuweite Anwendung jenes Begriffs wieder Mißtrauen gesäet und zum öffentlichen Ausspruche des Gedankens

[a] A. a. O. S. 159.

Veranlassung gegeben, daß die Monomanie eine moderne Schöpfung und eine neue Ausflucht sey, und daß sie nur allzubequem sey, bald den Schuldigen der gerechten Strenge der Gesetze zu entreißen, bald einen Bürger seiner Freiheit zu berauben. Es muß auch die psychiatrische Anwendung des Monomaniebegriffes auf das einfache Vorherrschen einer Neigung oder den Bestand einer und zwar einer einzigen sogenannten fixen Idee durchaus mißbilligt und verworfen werden, weil sie damit auf das Gebiet des Kranken hinüberzieht, was in dasjenige der Leidenschaft und des Irrthums oder Aberglaubens gehört; es darf und kann ihr nur da Raum gestattet werden, wo man eine vorherrschende Neigung oder Ideenrichtung in einer der angegebenen Krankheitsformen kurz bezeichnen will; es wäre aber am besten, wenn dieser Begriff im Allgemeinen und nach seinen einzelnen Arten völlig ausgemerzt würde, um nicht wieder in einseitiger Uebertreibung die werthvolle Verständigung, zu welcher er verholfen hatte, zu verlieren. Doch können wir es vorläufig noch nicht umgehen, einzelne Arten der Monomanie kurz zu besprechen."

Dieses kurze Referat über die Schrift wird genügen, um deren Werth und Bedeutung namentlich auch für die Geschworenen darzuthun. Die reiche Erfahrung des zur Zeit eine Heilanstalt in Wyl im Canton St. Gallen leitenden Verfassers, die nüchterne praktische Beobachtung, welche in der Schrift niedergelegt ist, in Verbindung mit einer klaren und faßlichen Sprache machen sie ganz besonders zur Verbreitung wichtiger und brauchbarer Kenntnisse und Anschauungen über die räthselhaften Zustände der Seelenstörungen auch unter Laien geeignet. Je häufiger Nichtjuristen als Geschworene in die Lage kommen können, über die Frage der Zurechnungsfähigkeit eine eigene Ansicht gewissenhaft sich zu bilden, um so mehr ist zu wünschen, daß sie von Richtern und Anwälten auf die angezeigte Schrift aufmerksam gemacht werden.

Sy.

Alphabetisches Sachregister.

Die Zahlen bezeichnen die Seiten.

A.

B.

C.

D.

E.

F.

G.

T.

U.

V.

W.

